الجزء الخامس من

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿تنبيه﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

باب نكاح البكر

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا زوج الرجل ابنته الكبيرة وهى بكر فبلغها فسكتت فهو رضاها والنكاح جائز عليها واذا أبت وردت لم يجز العقد عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى يجوز العقد وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى احتج بقوله صلى الله عليه وسلم ليس للولى مع الثيب أمر فتخصيص الثيب بالذكر عند نفى ولاية الاستبداد للولى بالتصرف دليل على أنه يستبد بتزويج البكر ولان هذه بكر فيملك أبوها تزويجها كما لو كانت صغيرة وهذا لما بينا أن بالبلوغ لا يحدث لها رأى فى باب النكاح فان طريق معرفة ذلك التجربة فكان بلوغها مع صفة البكارة كبلوغها مجنونة بخلاف المال والغلام فان الرأى هناك يحدث بالبلوغ عن عقل والدليل عليه أن للاب أن يقبض صداقها بغير أمرها اذا كانت بكراً فاذا جعل فى حق قبض الصداق كانها صغيرة حتى يستبد الأب بقبض صداقها فكذا فى تزويجها وحجتنا فى ذلك حديث أبى هريرة وأبى موسى الأشعري رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح بكر زوّجها أبوها وهى كارهة وفي حديث آخر قال فى البكر يزوجها وليها فان سكتت فقد رضيت وان أبت لم تكره وفى رواية فلا جواز عليها والدليل عليه حديث الخنساء فانها جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان أبى زوجنى من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة فقال صلى الله عليه وسلم أجيزى ماصنع أبوك فقالت مالى رغبة فيما صنع أبى فقال صلى الله عليه وسلم اذهبي فلا نكاح لك انكحى من شئت فقالت أجزت ماصنع أبى ولكنى أردت ان يعلم النساء ان ليس للآباء من أمور بناتهم شئ ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب فدل ان الحكم لايختلف وفى الحديث المعروف البكر تستأمر فى نفسها وسكوتها رضاها فدل ان أصل الرضا منها معتبر والشافعى رحمه الله تعالى لايعمل بهذا الحديث أصلا فانه يقول فى حق الأب والجد لايشترط رضاها

وفي تزويج غير الأب والجد لا يكتفي بسكوتها وما علق في حديث آخر من الحق لها بصفة الثيوبة المراد به في حق الضم والتفرد بالسكني يعني ان للولي ان يضم البكر الى نفسه لانه يخاف عليها ان تخدع فانها لم تمارس الرجال ولم تعرف كيدهم وللثيب ان تنفرد بالسكني لانها آمنة من ذلك والمعنى فيه انها حرة مخاطبة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالثيب وتأثيره ان الحرية والخطاب وصفان مؤثران في استبداد المرء بالتصرف وزوال ولاية الافتيات عليه كما في حق المال والغلام وبقاء صفة البكارة تأثيره في عدم الاهتداء بسبب انعدام التجربة والامتحان ولهذا لا تثبت ولاية الافتيات عليه كما في المال فان الظاهر ان من يبلغ لا يكون مهتديا الى التصرفات قبل التجربة والامتحان ولكن الاهتداء وعدم الاهتداء لا يوقف على حقيقته وتختلف فيه أحوال الناس فاقام الشرع البلوغ عن عقل مقام حقيقة الاهتداء تيسيراً للأمر على الناس وسقط اعتبار الاهتداء الذي يحصل قبل البلوغ بسبب التجربة ويسقط اعتبار الجهل الذي يبقى بعد البلوغ لعدم التجربة الا ترى ان البكر التي لا أب لها غير مهتدية كالتي لها أب ثم اعتبر رضاها في تزويجها بالاتفاق وكذلك اقرارها بالنكاح يصح فلو كان بقاء صفة البكارة في حقها كبقاء صفة الصغر لم يجز إقرارها بالنكاح واما قبض الصداق فعندنا لو نهت الأب عن قبض صداقها لم يكن له ان يقبض ولكنه عند عدم النهي له ان يقبض لوجود الاذن دلالة فان الظاهر ان البكر تستحي من قبض صداقها وان الأب هو الذي يقبض لتجهيزها بذلك مع مال نفسه الى بيت زوجها فكان له ان يقبض لهذا وبعد الثيوبة لا توجد هذه العادة لان التجهيز من الآباء بالاحسان مرة بعد مرة لا يكون فصار الأب في المرة الثانية كسائر الاولياء ﴿ قال ﴾ وان سكتت حين بلغها عقد الأب فالنكاح جائز عليها لان الشرع جعل السكوت منها رضا لعلة الحياء فان ذلك يحول بينها وبين النطق فتكون بمنزلة الخرساء فكما تقوم اشارة الخرساء مقام عبارتها فكذلك يقام سكوت البكر مقام رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص فأما اذا بلغها العقد فسكتت لا يتم العقد لأن الحاجة الى الاجازة هنا والسكوت لا يكون اجازة منها لأن هذا ليس في معنى المنصوص فان السكوت عند الاستئمار لا يكون ملزما وحين يبلغها العقد الرضا يكون ملزماً فلا يثبت ذلك بمجرد السكوت ولكنا نقول هذا في معنى المنصوص لان عند الاستئمار لها جوابان نعم أو لا فيكون

سكوتها دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة الى الرجال وكذلك اذا بلغها العقد فلها جوابان أجزت أو رددت فيجعل السكوت دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو الاجازة ﴿قال﴾ وكذلك لو ضحكت لان الضحك أدل على الرضا بالتصرف من السكوت بخلاف ما اذا بكت فان البكاء دليل السخط والكراهة وقد قال بعض المتأخرين هذا اذا كان لبكائها صوت كالويل فأما اذا خرج الدمع من عينها من غير صوت البكاء لم يكن هذا رداً بل هى تحزن على مفارقة بيت أبويها وانما يكون ذلك عند الاجازة وكذلك قالوا ان ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لايكون رضاً والضحك الذى يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس ﴿قال﴾ فان قال قبل النكاح ان فلانا يخطبك وأنا مزوجك اياه فسكتت ثم ذهب فزوجها جاز النكاح لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا خطب اليه بنت من بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يخطب فلانة ثم ذهب فزوجها ان سكتت وان نكتت خدرها باصبعها لم يزوجها وفى رواية أنه كان يقول ان فلانا يخطب فلانة فان كرهتيه قولى لا فانما طلب منها جواب الرد لا جواب الرضا فدل ان السكوت يكفى للرضا وفى الكتاب لم يشترط تسمية الصداق في الاستئمار وانما اشترط تسمية الزوج لان الظاهر ان اختلاف رغبتها يكون باختلاف الزوج وان الاب لايقف على مرادها فى حق الزوج فاما فى حق الصداق فالاب يعلم بمرادها فى ذلك وهو صداق مثلها فلا حاجة الى تسمية ذلك مع ان فى أصل النكاح الشرط تسمية الزوجين لاالمهر في الاستئمار أولى وبعض المتأخرين يقولون لابد من تسمية المهر في الاستئمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق والقلة والكثرة والذى بيناه فى الاب هو الحكم فى سائر الأولياء فهذا دليل على ان الاستئمار انما يكون معتبراً من الولى الذى يملك مباشرة العقد فاما الاجنبي اذا استأمرها فسكتت لم يكن له أن يزوجها لان سكوتها لعدم الالتفات الى استئمار الاجنبي فكانها قالت مالك وللاستئمار حين لم تكن بسبيل من العقد الا أن يكون الذى استأمرها رسول الولى فحينئذ الرسول قائم مقام المرسل وحكي عن الكرخى رحمه الله تعالى ان سكوتها عند استئمار الاجنبى يكون رضا لانها تستحي من الاجنبى أكثر مما تستحي من الولى ﴿قال﴾ واذا قالت البكر لم أرض حين بلغني وادعى الزوج رضاها فالقول قولها عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى القول قول الزوج لانه متمسك بما هو الاصل

وهو السكوت والمرأة تدعى عارضاً وهو الرد فيكون القول قول من يتمسك بالاصل كالمشروط له الخيار مع صاحبه اذا اختلفا بعد مضى المدة فادعى المشروط له الخيار الرد وأنكره صاحبه فالقول قوله لتمسكه بالاصل وهو السكوت وكذلك الشفيع مع المشترى اذا اختلفا فقال الشفيع علمت بالبيع أمس فطلبت الشفعة وقال المشترى بل سكت فالقول قول المشترى لتمسكه بما هو الاصل ولكننا نقول الزوج يدعى ملك بضعها وهذا ملك حادث وهى تنكر ثبوت ملكه عليها فكانت هى المتمسكة بالأصل فكان القول قولها كما لو ادعى أصل العقد وأنكرت هي وهذا لان ما قاله زفر رحمه الله تعالى نوع ظاهر والظاهر يكفى لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق وحاجة الزوج هنا الى اثبات الاستحقاق وفى الحقيقة المسئلة تنبنى على مسئلة أخرى وهو انه اذا قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وقال المولى قد دخلت عند زفر رحمه الله تعالى القول قول العبد لتمسكه بما هو الاصل وعندنا القول قول المولى لان حاجة العبد الى اثبات الاستحقاق والظاهر لهذا لا يكفى ولان عدم الدخول شرط للعتق ولا يكتفي بثبوت الشرط بطريق الظاهر فكذا هنا رضاها شرط لثبوت النكاح والظاهر لا يكفي لذلك فأما الشفيع اذا قال طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله وان قال علمت أمس وطلبت الآن فالقول قول المشترى لان حاجة المشترى الى دفع استحقاق الشفيع والظاهر يكفى للدفع وكذلك فى باب البيع فان سبب لزوم العقد وهو مضى مدة الخيار قد ظهر فحاجة الآخر الى دفع استحقاق مدعى الفسخ والظاهر يكفي لذلك فان أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح والا فلا نكاح بينهما ولا يمين عليها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تستحلف فان نكلت قضى عليها بالنكاح وأصل المسئلة ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحلف فى ستة أشياء فى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والرق والنسب والولاء وعندهما يستحلف فى ذلك كله فيقضى بالنكول وقد ذكر في الدعوى فصلا شائعاً اذا ادعت الامة على مولاها انها أسقطت سقطاً مستبين الخلق وصارت أم ولد له بذلك وحجتهما فى ذلك ان هذه الحقوق تثبت مع الشبهات فيجوز القضاء فيها بالنكول كالاموال وهذا لان النكول قائم مقام الاقرار ولكن فيه نوع شبهة لانه سكوت والسكوت محتمل فانما يثبت به ما يثبت مع الشبهات ولهذا لا يثبت القصاص

بالنكول لانه يندرئ بالشبهات وانما يثبت بالنكول مايثبت بالابدال من الحجج نحو كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وهذه الحقوق تثبت بذلك فكذلك بالنكول لانه بدل عن الاقرار وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذه الحقوق لايجزى فيها البدل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس وبيان الوصف ظاهر فان المرأة لو قالت لانكاح بيني وبينك ولكن بذلت لك نفسي لايعمل بذلها وكذلك لو قال لست بابن لك ولا مولى ولكن أبذل لك نفسي أو قال أنا حر الاصل ولكن أبذل لك نفسي لتسترقني لايعمل بذله أصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس لك ولكن أبذله لك لأتخلص من خصومتك كان بذله صحيحاً وتأثيره ان النكول بمنزلة البذل لابمنزلة الاقرار فانا لو جعلناه بذلا يتوصل المدعي الى حقه مع بقاء المدعى عليه محقاً فى انكاره واذا جعلناه اقرارا يجعل المدعى عليه مبطلا فى انكاره وذلك لايجوز الا بحجة ولان النكول سكوت فهو الى ترك المنازعة أقرب منه الى الاقرار فانما يثبت به أدنى مايثبت بترك المنازعة وهو البذل فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين القصاص فى النفس فان هناك يستحلف وان كان لايقضى بالنكول لان اليمين فى النفس مقصودة لعظم أمر الدم الا ترى ان الأيمان فى القسامة شرعت مكررة وفى هذه المسائل اليمين ليست بحق له مقصوداً وانما المقصود منه القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول لاحاجة الى الاستحلاف لكونه غير مفيد وبان كان يثبت بالابدال من الحجج فذلك لايدل على انه يستحلف فيه كتصديق المقذوف القاذف يثبت بالابدال من الحجج ولا يجري فيه الاستحلاف ﴿ قال ﴾ وان كان الزوج قد دخل بها ثم قالت لم أرض لم تصدق على ذلك لان تمكينها الزوج من نفسها أدل على الرضا من سكوتها الا ان يكون دخل بها وهى مكرهة فحينئذ القول قولها لظهور دليل السخط منها دون دليل الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك للزوج واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق وهذا لانه لايملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره فى لزوم العقد عليها أيضا ﴿ قال ﴾ واذا زوج ابنه الكبير فبلغه فسكت لم يكن رضا حتى يرضى بالكلام أو بفعل يكون دليل الرضا لان فى حق الانثى السكوت جعل رضا لعلة الحياء وذلك لايوجد فى الغلام فانه لايستحي من الرغبة في النساء ولان السكوت من البكر محبوب فى الناس عادة وفي حق الغلام السكوت مذموم لانه دليل على التخنث فلهذا لا يقام سكوته مقام رضاه

﴿ قال ﴾ واذا مات زوج البكر قبل أن يدخل بها بعد ماخلابها زوّجها أبوها بعد انقضاء العدة كما تزوج البكر لان صفة البكارة قائمة والحياء الذى هو علة قائم فان بوجوب العدة والمهر لايزول الحياء فلهذا يكتفي بسكوتها وان جومعت بشبهة أو نكاح فاسد لم يجز تزويجها بعد ذلك الا برضاها ولا يكتفي بسكوتها فى هذا الموضع لانها ثيب لقوله صلى الله عليه وسلم والثيب تشاور فاما اذا زنت يكتفى بسكوتها عند التزويج عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبى يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى لايكتفى بسكوتها لانها ثيب لان الثيب اسم لامرأة يكون مصيبها عائداً اليها مشتق من قولهم ثاب أى رجع والبكر اسم لامرأة مصيبها يكون أول مصيب لها لان البكارة عبارة عن أولية الشئ ومنه يقال لاول النهار بكرة وأول الثمار باكورة والدليل عليه انها تستحق من الوصية للثيب دون الوصية للابكار واذا كانت ثيباً أوجب مشورتها بالنص ولايجوز الاشتغال بالتعليل مع هذا لانه يكون تعليلا لابطال حكم ثابت بالنص ولان الحياء بعد هذا يكون رعونة منها فانها لما لم تستح من اظهار الرغبة في الرجال على أخش الوجوه كيف تستحى من اظهار الرغبة على أحسن الوجوه بخلاف حياء البكر لانه حياء كرم الطبيعة وذلك أمر محمود وهذه لو كان فيها حياء انما هو استحياء من ظهور الفاحشة وذلك غير ماورد فيه النص ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول صاحب الشرع انما جعل سكوتها رضا لاللبكارة بل لعلة الحياء فان عائشة رضى الله تعالى عنها لما اخبرت أنها تستحى فحينئذ قال سكوتها رضاها وغلبة الحياء هنا موجودة فانها وان أبتليت بالزنا مرة لفرط الشبق أو أكرهت على الزنا لاينعدم حياؤها بل يزداد لان فى الاستنطاق ظهور فاحشتها وهى تستحي من ذلك غاية الاستحياء وهذا الاستحياء محمود منها لانها سترت ماعلى نفسها وقد أمرت بذلك قال صلى الله عليه وسلم من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله وقبل هذا الفعل انما كانت لاتستنطق لان الاستنطاق دليل ظهور رغبتها فى الرجال فاذا سقط نطقها فى موضع يكون النطق دليل رغبتها في الرجال على أحسن الوجوه فلان يسقط نطقها فى موضع يكون النطق دليل الرغبة فى الرجال على أخش الوجوه كان أولى بخلاف ما اذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لان الشرع أظهر ذلك الفعل عليها حين ألزم المهر والعدة وأثبت النسب بذلك الفعل وهنا الشرع ماأظهر ذلك عليها اذلم يعلق به شيئا من الاحكام وأمرها بالستر على نفسها فان

أخرجت وأقيم عليها الحد فالصحيح انه لايكتفى بسكوتها أيضا بعد ذلك وكذلك اذا صار الزنا عادة لها وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى يقول فى هذين الفصلين يكتفى بسكوتها أيضا لانها بكر شرعا . ألا تري أنها تدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان فى الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ولا يكتفي بسكوتها فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء ولو زالت بكارتها بالوثبة أو الطفرة أو بطول التعنيس يكتفى بسكوتها عندنا وفى أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى هي بمنزلة الثيب استدلالا بالبيع فانه لو باع جارية بشرط انها بكر فوجدها المشترى بهذه الصفة كان له ان يردها فدل انها ليست ببكر بعدما أصابها ما أصابها ولكنا نقول هى بكر لان مصيبها أول مصيب لها الا انها ليست بعذراء و العادة بين الناس انهم باشتراط البكارة فى السرائر يريدون صفة العذرة فلهذا ثبت حق الرد فأما هذا الحكم تعلق بالحياء أو بصفة البكارة وهما قائمان الا تري ان عائشة رضى الله عنها لما افتخرت بالبكارة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم اشارت الى هذا المعنى فقال رأيت لو وردت واديين احداهما رعاها أحد قبلك والاخري لم يرعها أحد قبلك الى ايهما تميل فقال صلى الله عليه وسلم الى التى لم يرعها أحد قبلى فقالت انا ذاك فعرفنا انها مالم توطأ فهي بكر ﴿قال﴾ واذا زوج البكر أبوها من رجل وأخوها من رجل آخر بعده فأجازت نكاح الاخ جاز ذلك عليها ولم يجز نكاح الاب وهو بناء على أصلنا ان العقد لا يجوز الا برضاها سواء كان المباشر ابا أو أخا فانما وجد شرط نفوذ نكاح الاخ وهو رضاها بذلك ومن ضرورة رضاها بنكاح الاخ رد نكاح الاب فلهذا يبطل نكاح الاب ﴿قال﴾ واذا زوجها وليها بغير أمرها فلم يبلغها حتى ماتت هى أو مات الزوج لم يتوارثا لان النكاح لا ينفذ عليها الا برضاها والارث حكم يختص بالنكاح الصحيح المنتهى بالموت ولم يوجد فهو بمنزلة النكاح الفاسد اذا مات فيه أحدهما لم يتوارثا ﴿قال﴾ وان زوجها أبوها وهو عبد أو كافر ورضيت به جاز لان العقد كان موقوفا على اجازتها الا ترى انها لو أذنت في الابتداء نفذ عقده باذنها فكذلك اذا أجازت فى الانتهاء ولكن لانقول سكوتها رضا منها لان العاقد لم يكن وليا لها والحاجة في عقد غير الولى الى توكيلها لا الى رضاها والتوكيل غير الرضا فان التوكيل انابة والرضا اسقاط حق الرد فلهذا لا يثبت التوكيل بالسكوت وهذا يبين لك ماقلنا ان الصحيح فى استئمار الأجنبي انه لايكتفي بسكوتها ﴿قال﴾ واذا زوج البكر

وليها

وليها بأمرها وزوجت هي نفسها فان قالت هو الأول فالقول قولها وهو الزوج لانها أقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا أدرى أيهما أول ولا يعلم ذلك فرق بينهما لانه لا يمكن تصحيح نكاحهما فان المرأة لا تحل لرجلين بالنكاح وليس أحدهما بأولى من الآخر فيفرق بينها وبينهما لهذا وكذلك لو زوجها وليان بأمرها والثيب والبكر فى هذا سواء لما بينا ﴿ قال ﴾ واذا زوّج البكر وليها فأخبرها بذلك فقالت لا ارضى ثم قالت قد رضيت فلا نكاح بينهما لان العقد قد بطل بينهما بردها فانما رضيت بعد ذلك بالعقد المفسوخ وذلك باطل ولهذا جرى الرسم بتجديد العقد عند الزفاف لانها فى المرة الاولى تظهر الرد وغير ذلك لا يحمد منها ثم لا يزال بها أولياؤها يرغبونها حتى رضيت فلو لم يتجدد العقد كانت تزف الى أجنبى فلهذا استحسنا تجديد العقد عند الزفاف ﴿ قال ﴾ واذا استؤمرت فى نكاح رجل خطبها فابت ثم زوجها الولى منه فسكتت فهو رضاها لانها لما أبت بطل استئمارها فكانه زوجها من غير استئمار فيكون سكوتها رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول هنا لا يجوز ولا يكون سكوتها رضا لانها قد صرحت بالسخط فكيف يكون سكوتها بعد ذلك دليل رضاها ولكنا نقول قد يسخط المرء الشئ فى وقت ويرضى به فى وقت آخر فسخطها قبل العقد لا يمنعنا ان نجعل سكوتها رضاً بعد العقد والله أعلم بالصواب

باب نكاح الثيب

﴿ قال ﴾ قد بلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان رجلا زوج ابنته وهى كارهة وهي تريد عم صبيانها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينها وبين الذى زوجها منه أبوها ثم زوجها عم ولدها وهذه المرأة كانت ثيبا لان الراوى قال وهي تريد عم صبيانها فهذا دليل على ان نكاح الاب الثيب لا ينفذ بدون رضاها وهو مجمع عليه ولا يكون للشافعى فى هذا الحديث حجة علينا في البكر لان ضد هذا الحكم فى حق البكر مفهوم والمفهوم عندنا ليس بحجة ولانه خص الثيب بالذكر وتخصيص الثيب بالذكر لا يدل على أن الحكم في غيرها بخلافه ثم في هذا الحديث دليل على أن الولى اذا امتنع عن التزويج زوجها الامام فان الاب هنا امتنع من تزويجها ممن أرادت فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم بولاية الامامة وفيه دليل على ان اختيار الازواج اليها لا الى الولى لأنها هى التى تعاشر الازواج فانما تحسن

العشرة مع من تختاره دون من يختاره الولي ﴿قال﴾ واذا زوج الثيب أبوها فبلغها فسكتت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح لان الاصل في السكوت أن لا يكون رضا لكونه محتملا في نفسه وانما أقيم مقام الرضا في البكر لضرورة الحياء والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولا ضرورة في حق الثيب فلهذا لا يكتفي بسكوتها عند الاستئمار ولا اذا بلغها العقد والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النكاح بغير ولي

﴿قال﴾ رضى الله عنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها برضاها فجاء أولياؤها فخاصموها الى علي رضى الله عنه فأجاز النكاح وفي هذا دليل على أن المرأة اذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فزوجها جاز النكاح وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى سواء كانت بكرا أو ثيبا اذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفؤا لها أو غير كفء فالنكاح صحيح الا أنه اذا لم يكن كفؤا لها فللأولياء حق الاعتراض. وفي رواية الحسن رضى الله عنه ان كان الزوج كفؤا لها جاز النكاح وان لم يكن كفؤا لها لا يجوز وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى أولا يقول لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء اذا كان لها ولي ثم رجع وقال ان كان الزوج كفؤا جاز النكاح والا فلا ثم رجع فقال النكاح صحيح سواء كان الزوج كفؤا لها أو غير كفء لها وذكر الطحاوي قول أبي يوسف رحمهما الله تعالى ان الزوج ان كان كفؤا أمر القاضي الولي باجازة العقد فان أجازه جاز وان أبى أن يجيزه لم ينفسخ ولكن القاضي يجيزه فيجوز وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتوقف نكاحها على اجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فان أجازه الولي جاز وان أبطله بطل الا أنه اذا كان الزوج كفؤا لها ينبغي للقاضي أن يجدد العقد اذا أبى الولي أن يزوجها منه وعلى قول مالك والشافعي رحمهما الله تعالى تزويجها نفسها منه باطل على كل حال ولا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا سواء زوجت نفسها أو بنتها أو أمتها أو توكلت بالنكاح عن الغير ومن العلماء رحمهم الله تعالى من يقول اذا كانت غنية شريفة لم يجز تزويجها نفسها بغير رضا الولي وان كانت فقيرة خسيسة يجوز لها أن تزوج نفسها من غير رضا الولي ومنهم من فصل بين البكر والثيب وهم أصحاب الظواهر اما من شرط الولي استدل بقوله

تعالى ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ٠ وقال الشافعي رحمه الله تعالى وهذه أبين آية في كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لايجوز بغير ولىّ لانه نهى الولى عن المنع وانما يتحقق المنع منه اذا كان الممنوع فى يده وفى حديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل واذا دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها لاوكس ولا شطط فان تشاجرا فالسلطان ولىّ من لا ولى له وفى الحديث المشهور أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولى وفي حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولىّ وشاهدا عدل وفى حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها وانما الزانية هي التي تنكح نفسها وان عائشة رضى الله عنها كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول اعقدوا فان النساء لايعقدن والمعنى فيه أنها ناقصة بنقصان الانوثة فلا تملك مباشرة عقد النكاح لنفسها كالصغيرة والمجنونة وهذا لان النكاح عقد عظيم خطره كبير ومقاصده شريفة ولهذا أظهر الشرع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات فلاظهار خطره تجعل مباشرته مفوضة الى أولى الرأى الكامل من الرجال لان النساء ناقصات العقل والدين فكان نقصان عقلها بصفة الانوثة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر ولهذا قال محمد رحمه الله تعالى ان عقدها يتوقف على اجازة الولى كما ان عقد الصغيرة التي تعقل يتوقف على اجازة الولى وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لاينعقد العقد بعبارتها أصلا كما لا ينعقد التصرف بعبارة الصغيرة عنده والدليل عليه ثبوت حق الاعتراض للاولياء اذا وضعت نفسها فى غير كفء ولو ثبتت لها ولاية الاستبداد بالمباشرة لم يثبت للاولياء حق الاعتراض كالرجل وكذلك تملك مطالبة الولى بالتزويج ولو كانت مالكة للعقد على نفسها لما كان لها ان تطالب الولى به والدليل على اعتبار نقصان عقلها انه لم يجعل اليها من جانب رفع العقد شئ بل الزوج هو الذى يستبد بالطلاق واما من جوز النكاح بغير ولى استدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن فى أنفسهن وبقوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره وقوله تعالى ان ينكحن أزواجهن اضاف العقد اليهن في هذه الآيات فدل انها تملك المباشرة والمراد بالعضل المنع حسا بأن يحبسها فى بيت ويمنعها من ان تتزوّج وهذا خطاب للازواج فانه قال فى أول الآية واذا طلقتم

النساء وبه نقول ان من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعها من التزوج بزوج آخر واما الاخبار فقوله صلى الله عليه وسلم الايم أحق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لازوج لها بكراً كانت أو ثيباً وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة وهو اختيار الكرخي رحمه الله تعالى قال الايم من النساء كالاعزب من الرجال بخلاف ماذكر محمد رحمه الله تعالى ان الايم اسم للثيب وقد بيناهذا في شرح الجامع وقال صلى الله عليه وسلم ليس للولى مع الثيب أمر وحديث الخنساء حيث قالت بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنى أردت ان تعلم النساء ان ليس الى الآباء من أمور بناتهم شيء ولما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة رضى الله عنها اعتذرت باعذار من جملتها ان أولياءها غيب فقال صلى الله عليه وسلم ليس في أوليائك من لا يرضي بي قم ياعمر فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم خاطب به عمر بن أبي سلمة وكان ابن سبع سنين وعن عمر وعلي وابن عمر رضى الله تعالى عنهم جواز النكاح بغير ولى وان عائشة رضى الله تعالى عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر ابن الزبير وهو غائب فلما رجع قال أومثلي يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها أوترغب عن المنذر والله لتملكنه أمرها وبهذا تبين أن ماروو من حديث عائشة رضى الله تعالى عنها غير صحيح فان فتوى الراوى بخلاف الحديث دليل وهن الحديث ومدار ذلك الحديث على الزهرى وأنكره الزهرى وجوز النكاح بغير ولى ثم هو محمول على الامة اذا زوجت نفسها بغير اذن مولاها أو على الصغيرة أو على المجنونة وكذلك سائر الاخبار التى رووا على هذا تحمل أو على بيان الندب ان المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولى هو الذى يزوجها والمعنى فيه أنها تصرفت فى خالص حقها ولم تلحق الضرر بغيرها فينعقد تصرفها كما لو تصرفت في مالها وبيان الوصف أن النكاح من الكفء بمهر المثل خالص حقها بدليل أن لها أن تطالب الولى به ويجبر الولى على الايفاء عند طلبها وهى من أهل استيفاء حقوق نفسها فانما استوفت بالمباشرة حقها وكفت الولى مؤنة الايفاء فهو نظير صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه فاستوفى كان استيفاؤه صحيحا فكذلك هنا والدليل عليه ان اختيار الازواج اليها بالاتفاق والتفاوت فى حق الاغراض والمقاصد انما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الازواج وكذلك اقرارها بالنكاح صحيح على نفسها ولو كانت بمنزلة الصغيرة ماصح

اقرارها بالنكاح وكذلك يعتبر رضاها فى مباشرة الولى العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها ويجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الايفاء بطلبها وانما يثبت لها حق مطالبة الولى لنوع من المروءة وهو أنها تستحي من الخروج الى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويعد هذا رعونة منها ووقاحة ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها كما ورد الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لان هذا النهى لنوع من المروءة فلا يمنع جواز المنهي عنه واذا زوجت نفسها من غير كفء فقد ألحقت الضرر بالاولياء فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم كما أن الشفيع يثبت له حق الاخذ بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه ولان طلب الكفاءة لحق الأولياء فلا تقدر على اسقاط حقهم وهذا لا يمنع وجود أصل عقدها فى حق نفسها كأحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر أن يفسخ دفعاً للضرر عن نفسه وعلى رواية الحسن رحمه الله تعالى قال اذا زوجت نفسها من غير كفء لم يجز النكاح أصلا وهو أقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحتسب فى المرافعة الى القاضى ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفء عليها وبهذا الطريق قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الاحوط أن يجعل عقدها موقوفا على اجازة الولى ليندفع الضرر عن الولى الا أن الولى اذا قصد بالفسخ دفع الضرر عن نفسه بأن لم يكن كفؤاً لها صح فسخه وان قصد الاضرار بها بأن كان الزوج كفؤاً لها لم يصح فسخه ولكن القاضى يقوم مقامه في الاجازة كما يقوم مقامه فى العقد اذا عضلها ومحمد رحمه الله تعالى يقول لما توقف العقد على اجازة الولى لتمام الاحتياط فكما ينعقد باجازته ينفسخ بفسخه وبعد ما يفسخ فليس للقاضى أن يجيزه ولكن يستقبل العقد اذا تحقق العضل من الولى وعلى هذا الاصل يقول اذا زوجت نفسها من كفء ثم مات أحدهما قبل المرافعة الى القاضى توارثا اما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلان تصرفها في حق نفسها صحيح ومعنى التوقف لدفع الضرر عن الولى ولهذا لا ينفسخ بفسخ الولى وانما انتهي النكاح الصحيح بالموت فيجرى التوارث بينهما وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يتوارثان لان أصل العقد كان موقوفا وفى العقد الموقوف لا يجرى التوارث وعلى هذا لو ظاهر منها أو آلى منها صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى خلافا لمحمد رحمه الله تعالى وان كانت قصرت فى مهرها فزوجت نفسها بدون صداق مثلها كان للأولياء حق الاعتراض حتى

يبلغ بها مهر مثلها أو يفرق بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يثبت للأولياء حق الاعتراض الا أن قول محمد رحمه الله تعالى لا يتحقق في تزويجها نفسها وانما يتحقق فيما قال في كتاب الاكراه واذا أكرهت المرأة الولي على أن يزوجها بأقل من مهر مثلها فزوجها ثم زال الاكراه فرضيت المرأة وأبى الولي أن يرضى فليس له ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان المهر من خالص حقها فانه بدل ما هو مملوك لها ألا ترى أن الاستيفاء والابراء اليها والتصرف فيه كيف شاءت وتصرفها فيما هو خالص حقها صحيح فلا يكون للأولياء حق الاعتراض وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انها ألحقت الضرر بالاولياء فيكون لهم حق الاعتراض كما لو زوجت نفسها من غير كفء وبيان ذلك أن الاولياء يتفاخرون بكمال مهرها ويعيرون بنقصان مهرها فان ذلك مهر المومسات الزانيات عادة وفيه يقول القائل

وما عليّ أن تكون جاريه   تمشط رأسي وتكون فاليه

حتى ما اذا بلغت ثمانيه   زوجتها مروان أو معاويه

أختانُ صدق ومهور غاليه

ومع لحوق العار بالاولياء فيه الحاق الضرر بنساء العشيرة أيضاً فان من تزوج منهن بعد هذا بغير مهر فانما يقدر مهرها بمهر هذه فعرفنا أن في ذلك ضرراً عليهن وانما يذب عن نساء العشيرة رجالها فكان لهم حق الاعتراض فأما بعد تسمية الصداق كاملا صار حق العشيرة مستوفي وبقاء المهر يخلص لها فان شاءت استوفت وان شاءت أبرأت وهو نظير حق الشرع في تسمية أصل المهر في الابتداء وان كان البقاء يخلص لها وان طلقها قبل أن يدخل بها كان لها نصف ما سمي لها لان الطلاق قبل الدخول مسقط للصداق قياسا فان المعقود عليه يعود اليها كما خرج عن ملكها وذلك سبب لسقوط البدل الا انا أوجبنا لها نصف المسمى بالنص وهو قوله تعالى فنصف مافرضتم فلا تجب الزيادة على ذلك وان فرق القاضي بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شيء عليه لانه فسخ أصل النكاح بهذا التفريق فلايجب لها شيء وان ولت المرأة أمرها رجلا فزوجها كفؤاً فهو بمنزلة تزويجها نفسها وفي قول محمد رحمه الله تعالى لايجوز ذلك كما لايجوز تزويجها نفسها زاد في نسخ أبي حفص رضي الله عنه فقال الا ان يكون لها ولي فحينئذ يجوز وهذا شيء رواه أبو رجاء بن أبي رجاء عن محمد

رحمهما الله تعالى أنه قال سألته عن النكاح بغير ولى فقال لايجوز قلت فان لم يكن لها ولى قال يرفع أمرها الى الحاكم ليزوجها قلت فان كانت فى موضع لاحاكم في ذلك الموضع قال يفعل ما قال سفيان رحمه الله تعالى قلت ومافعل سفيان قال تولى أمرها رجلا ليزوجها ثم قد صح رجوع محمد الى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فى النكاح بغير ولى وعلى ذلك تنبني مسائل الجامع يقول في الكتاب فان طلقها ثلاثاً قبل ان يجيز الحاكم أو الولى عقدها يكون هذا رداً للنكاح وهو قول محمد رحمه الله تعالى فاما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى تصح التطليقات الثلاث ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعند محمد رحمه الله تعالى لايقع الطلاق ويكون هذا رد للنكاح الا انه يكره له ان يتزوجها ثانياً قبل ان تتزوج بزوج آخر لاختلاف العلماء واشتباه الاخبار فى جواز النكاح بغير ولى ولان ترك نكاح امرأة تحل له خير من ان يتزوج امرأة لاتحل له ولكنه لو تزوجها لم يفرق بينهما عنده لان الطلاق لم يكن واقعاً عليها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الوكالة فى النكاح

﴿قال﴾ واذا خطب الرجل امرأة على رجل غائب لم يأمره فزوجت نفسها أو زوجها أبوها برضاها فقدم الغائب أو بلغه ذلك فأجاز النكاح فهو جائز عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى هو باطل بناء على أصله ان العقود لاتتوقف على الاجازة وهى مسئلة فى البيوع معروفة وعندنا تتوقف العقود على الاجازة وكل عقد لو سبق الاذن به ممن يقع له كان صحيحا فانه يتوقف على اجازته فاذا أجازه فى الانتهاء جعل ذلك كالاذن في الابتداء ولو عقد هذا العقد باذنه فى الابتداء كان صحيحا فكذلك باجازته في الانتهاء وهذا لان ركن العقد هو الايجاب والقبول وذلك من حق المتعاقدين وقد أضافه الى محل قابل للعقد فيتم به الانعقاد اذ لاضرر على الغائب فى انعقاد العقد وانما الضرر عليه فى التزام العقد وقد يتراخى الالتزام عن أصل العقد فتثبت صفة الانعقاد لانه حق المتعاقدين ويتوقف تمامه وثبوت حكمه على اجازة من وقع العقد له دفعا للضرر عنه ولو ان الغائب وكل هذا الحاضر بكتاب كتبه اليه حتى زوجها منه كان صحيحا وكذلك لو كتب اليها يخطبها فزوجت نفسها منه كان صحيحا والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى النجاشي يخطب أم حبيبة رضى الله عنها فزوجها

النجاشي منه وكان هو وليها بالسلطنة وروى انه زوجها منه قبل ان يكتب به رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم كتابه وكلاهما حجة لنا على أن النكاح تلحقه الاجازة وان الخطبة بالكتاب تصح وهذا لان الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنى فان الكتاب له حروف ومفهوم يؤدى عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر وكان الحسن بن حي رحمه الله تعالى يقول لا ينعقد النكاح بالكتاب لعظم خطر أمر النكاح وهذا فاسد فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة بقوله تعالى يأيها الرسول بلغ وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان فانه كتب الى ملوك الآفاق يدعوهم الى الدين وكان ذلك تبليغا تاما فكذلك فى عقد النكاح الكتاب بمنزلة الخطاب الا انه اذا كتب اليها فبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسى منه بغير محضر من الشهود لا ينعقد النكاح كما فى حق الحاضر فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بشهود ولو قالت بين يدى الشهود زوجت نفسى منه لا ينعقد النكاح أيضا لان سماع الشهود كلام المتعاقدين شرط لجواز النكاح وانما سمعوا كلامها هنا لا كلامه ولو كانت حين بلغها الكتاب قرأته على الشهود وقالت ان فلانا كتب الى يخطبنى فاشهدوا انى قد زوجت نفسى منه فهذا صحيح لأنهم سمعوا كلام الخاطب باسماعها اياهم إما بقراءة الكتاب أو العبارة عنه وسمعوا كلامها حيث أوجبت العقد بين أيديهم فلهذا تم النكاح وهذا بخلاف البيع فان المكتوب اليه اذا قال هناك بعت هذه العين من فلان بكذا جاز وان لم يكن بحضرة الشهود أو كان بحضرتهم ولم يقرأ الكتاب عليهم لان البيع يصح بغير شهود كما فى الحاضر الا أنه ذكر في الكتاب فى البيع أنه اذا كتب اليه أن بعني كذا بكذا فقال بعت يتم البيع وقد طعنوا فى هذا فقالوا أن البيع لا ينعقد بهذا اللفظ من الحاضر فان من قال لغيره بع عبدك منى بكذا فقال بعت لا ينعقد ما لم يقل الثاني اشتريت لانه لابد فى البيع من لفظين هما عبارة عن الماضى بخلاف النكاح فان النكاح ينعقد بلفظين أحدهما عبارة عن الماضى والآخر عن المستقبل والشافعى ومحمد رحمهما الله تعالى سويا بينهما والفرق لعلمائنا رحمهم الله تعالى أن البيع يقع بغتة وفلتة فقوله بعنى يكون استياما عادة فلا بد من الايجاب والقبول بعده فأما النكاح يتقدمه خطبة ومراودة فقلما يقع بغتة فقوله زوجني يكون أحد شطرى العقد توضيح الفرق أن قوله زوجنى نفسك تفويض للعقد اليها وكلام الواحد فى باب النكاح يصلح لاتمام العقد اذا كان الامر مفوضاً

اليه من الجانبين فيمكن أن يجعل قولها زوجت نفسي عقداً تاما وفى باب البيع كلام الواحد لا يصلح لاتمام العقد من الجانبين وان كان مفوضاً اليه من الجانبين فكان قوله بعت منك شطر العقد فلا بد من أن ينضم اليه الشطر الثانى ليصح اذا عرفنا هذا فنقول مراد محمد رحمه الله تعالى هنا بيان الفرق بين النكاح والبيع فى شرط الشهود دون اللفظ الذى ينعقد به البيع أو نقول يعنى قوله من الحاضر يكون استياما عادة فأما من الغائب اذا كتب اليه فقوله يعنى يكون أحد شطرى العقد فاذا انضم اليه الشطر الثانى تم البيع فان جاء الزوج بالكتاب مختوما الى الشهود وقال هذا كتابى الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز ذلك فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يعلم الشهود مافي الكتاب وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع فقال يجوز ولا يشترط اعلام الشهود بما فى الكتاب وأصل الخلاف فى كتاب القاضى الى القاضى عند أبى يوسف رحمه الله تعالى تجوز الشهادة على الكتاب والختم وان كان لا يعلم الشهود ما فى الكتاب وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا تجوز لان المشهود به ما فى الكتاب لا نفس الكتاب ولكن استحسن أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال قد يشتمل الكتاب على شرط لا يعجبهم اعلام الشهود بذلك واذا كان مختوما يؤمن من الزيادة والنقصان فيه فيكون صحيحاً ثم فى هذا الكتاب قال يجوز عند أبى يوسف رحمه الله تعالى مختوما كان أو غير مختوم وذكر فى الأمالى أن الكتاب اذا كان غير مختوم لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أصلا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز الا أن يعلم الشهود ما فيه واذا كان مختوما فحينئذ هل يشترط اعلام الشهود ما فيه فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتان وكما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وسائر التصرفات للمعنى الذى قلنا ﴿قال﴾ ويجوز للواحد أن ينفرد بالعقد عند الشهود على الاثنين اذا كان وليا لهما أو وكيلا عنهما وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ان كان وليهما جاز وان كان وكيلا لا يجوز أما زفر رحمه الله تعالى يقول النكاح عقد معاوضة فلا يباشره الواحد من الجانبين كعقد البيع وهو قياس يوافقه الأثر وهو ما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدا عدل والشافعى رحمه الله تعالى بنحوه يستدل فى الوكيل من الجانبين أنه لا يتم العقد بعبارته لانه لا ضرورة في توكيل الواحد من الجانبين بخلاف ما اذا كان ولياً من الجانبين لان فى تنفيذ العقد بعبارته ضرورة

لان أكثر ما في الباب أن يأمر غيره من أحد الجانبين فيكون مأموره قائماً مقامه وهو الولى من الجانبين شرعا فيملك مباشرة العقد وهو نظير ما قلتم فى الاب اذا باع مال ولده من نفسه بمثل قيمته يجوز ولا يجوز بيعه من غيره ووجه قول علمائنا قوله تعالى وان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامي أى فى نكاح اليتامى فهو دليل على أن للولى أن يزوج وليته من نفسه وكذا قوله تعالى وترغبون أن تنكحوهن دليل على أن للولى أن يزوج وليته من نفسه وفى الحديث أن شُرط على رضى الله تعالى عنه أتوه بشيخ مع جارية فسأله عن قصتها فقال انها ابنة عمى وإنى خشيت أنها اذا بلغت ترغب عنى فتزوجتها فقال خذ بيد امرأتك والمعني فيه أن العاقد فى باب النكاح سفير ومعبر والواحد كما يصلح أن يكون معبراً عن الواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين ودليل الوصف أنه لا يستغني عن اضافة العقد الى الزوجين وبه يظهر الفرق بينه وبين البيع فانه يستغنى عن اضافة العقد الى غيره فكان مباشراً للعقد لا معبراً توضيحه ان حقوق العقد فى باب البيع تتعلق بالعاقد فاذا باشر العقد من الجانبين يؤدى الى تضاد الاحكام لأنه يكون مطالباً مطالباً مسلما مستلما مخاصما مخاصما وفي باب النكاح لا تتعلق الحقوق بالعاقد فلا يؤدى الى تضاد الاحكام ولهذا قلنا بيع الاب مال ولده من نصيبه لأنه فى جانب الصغير يكون ملزما اياه حقوق العقد بولايته عليه حتى اذا بلغ كانت الخصومة في ذلك اليه دون الاب بخلاف بيعه من غيره فلا يؤدى الى تضاد الاحكام توضيحه ان البيع لا يصح الا بتسمية لثمن فاذا تولاه من الجانبين كان مستزيداً مستنقصاً وذلك لا يجوز والنكاح يصح من غير تسمية المهر فلا يؤدى الى هذا المعني اذا باشره الواحد من الجانبين وعلى هذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى فى الكتابة أن الواحد لا يباشره من الجانبين لانه لا يصح الا بتسمية البدل فأما على ظاهر الرواية يجوز لان حقوق العقد فى الكتابة لا تتعلق بالعاقد بل هو معتبر كما فى النكاح ولا حجة لهم فى هذا الحديث لأن هذا النكاح قد حضره أربعة معنى فانه اذا اجتمع وصفان في واحد كان بمنزلة المثنى من حيث المعني لا اعتبار كل صفة على حدة فان هذا الواحد اذا كان ولياً أو وكيلا من أحد الجانبين دون الآخر وفضولياً من الجانب الآخر أولم يكن ولياً ولا وكيلا من الجانبين ولكنه فضولى باشر النكاح بمحضر من الشهود فبلغ الزوجين فاجازاه لم يجز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الأول وجاز فى قوله الآخر وكذلك لوقال الزوج بين يدى الشهود

أشهدوا أني تزوجت فلانة ولم يخاطب عنها أحدا فبلغها فاجازت أو قالت المرأة اشهدوا انى قد زوجت نفسي من فلان ولم تخاطب عنه أحدا فبلغه فاجاز فهو على هذا الخلاف ولو قبل فضولى من جهة الغائب ينعقد موقوفا بالاتفاق حتى لو أجاز يجوز. أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء واذا كان كلام الواحد فى باب النكاح عقداً تاماً باعتبار الاذن في الابتداء فكذلك باعتبار الاجازة فى الانتهاء وجعل هذا قياس الطلاق والعتاق بمال فان كلام الواحد فيه لما كان عقداً تاما عند الاذن كان عقداً موقوفا على اجازة الغائب عند عدم الاذن وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا النكاح عقد معاوضة محتمل للفسخ فكلام الواحد فيه يكون شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف على ماوراء المجلس كما فى البيع بخلاف الطلاق والعتاق فانه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه أصلا وتحقيقه ان قول الرجل طلقت فلانة بكذا أو أعتقت عبدى فلانا بكذا يكون تعليقاً للطلاق والعتاق بالقبول لان تعليقهما بالشرط صحيح فاذا بلغهما فقبلا وقع لوجود الشرط وفى النكاح قوله زوجت فلانة لا يمكن ان يجعل تعليقا لان النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا شطر العقد ولا يدخل على هذا مالو قال الزوج بحضر منها طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فانه يبطل ذلك ولو كان تعليقاً بالشرط لما بطل بقيامها عن المجلس لان من التعليقات مايقتصر على وجود الشرط فى المجلس كقوله لها أنت طالق ان شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس فهذا مثله وهذا بخلاف ما اذا كان مأموراً من الجانبين لان هناك عبارته تنتقل اليهما فيصير قائما مقام عبارتهما فانما يكون تمام العقد بالمثنى من حيث المعني وهنا لا تنتقل عبارته الى الغير لانه غير مأمور به فاذا بقي مقصوراً عليه كان شطر العقد والدليل عليه انه لو قال لها تزوّجتك وهي حاضرة كان هذا شطر العقد حتى لا يتوقف على اجازتها بعد قيامها من ذلك المجلس فكذا اذا قال ذلك وهى غائبة يكون هذا شطر العقد ولو كان عقد النكاح بين فضوليين خاطب أحدهما عن الرجل والآخر عن المرأة فبلغهما فاجازا جاز ذلك العقد لانه جرى بين اثنين ولو كانا وكيلين كان كلامهما عقداً تاما فكذلك اذا كانا فضوليين يكون كلامهما عقداً موقوفا ﴿قال﴾ وليس على العاقد فى باب النكاح وليا كان أو وكيلا حق قبض مهرها بدون أمرها لما بينا انه معبر لا يتعلق به شيء من حقوق العقد وكما لا يتوجه عليه المطالبة بتسليم المعقود عليه لا يكون اليه قبض البدل وكذلك الوكيل من جانب الزوج لا يكون عليه

من المهر شيء كما لا يكون اليه قبض المعقود عليه واليه أشار علي رضي الله عنه في قوله الصداق على من أخذ الساق الا الأب في حق ابنته البالغة فانه يقبض مهرها فيجوز ذلك استحسانا وقد بيناه ﴿ قال ﴾ واذا أرسل الى المرأة رسولا حراً أو عبداً صغيراً أو كبيراً فهو سواء لان الرسالة تبليغ عبارة المرسل الى المرسل اليه ولكل واحد من هؤلاء عبارة مفهومة فيصلح ان يكون رسولا الا ترى ان سليمان عليه السلام جعل الهدهد رسولا في تبليغ كتابه الى بلقيس فالآدمي المميز أولى ان يصلح لذلك فاذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا سألك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها قد تزوجته كان ذلك جائزاً اذا أقر الزوج بالرسالة أو أقامت عليه البينة لان الرسول بلغها رسالة المرسل فكأنه حضر بنفسه وعبر عن نفسه بين يدى الشهود وقد سمع الشهود كلامها أيضاً فكان نكاحا باسماعهما كلام المتعاقدين واذا أنكر الرسالة ولم تقم عليه البينة لها فالقول قوله ولا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان المخاطب فضولياً ولم يرض الزوج بما صنع فلا نكاح بينهما فان كان الرسول قد خطبها وضمن لها المهر وزوجها إياه وقال قد أمرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان أقر أو قامت عليه البينة بالامر والضمان لازم للرسول ان كان من أهل الضمان لانه جعل نفسه زعيما بالمهر والزعيم غارم وان جحد الزوج ولم يكن عليه بينة بالامر فلا نكاح بينهما لما قلنا وللمرأة على الرسول نصف الصداق من قبل أنه مقر بانه قد أمره وان النكاح جائز وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح وذكر في كتاب الوكالة ان على الرسول جميع المهر بحكم الضمان فقيل ماذكر هنا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقول أبي يوسف الاول وما ذكر هناك قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهراً وباطنا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول فنفذ قضاؤه بالفرقة هنا قبل الدخول وسقط نصف الصداق عن الزوج فيسقط عن الكفيل أيضاً وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله تعالى لا ينفذ قضاؤه باطنا فيبقى جميع المهر واجباً على الزوج ويكون الكفيل مطالبا به لاقراره وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره أصل النكاح لا يكون طلاقاً فلا يسقط به شيء من الصداق بزعم الكفيل ووجه هذه الرواية أنه أنكر وجوب الصداق عليه وهو مالك لاسقاط نصف الصداق عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطاً فيما يمكنه اسقاطه ومن ضرورة سقوط نصف

الصداق عن الاصيل سقوطه عن الكفيل فلهذا كان الكفيل ضامناً لنصف الصداق ﴿قال﴾ فان كان الرسول قال لم يأمرني ولكن أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج جاز عليه ولزم الزوج الضمان لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء وان أبى الزوج أن يجيز النكاح لم يكن على الرسول شيء من الضمان لان أصل السبب انتفى برد الزوج النكاح فينتفي حكمه وهو وجوب الصداق وبراءة الاصيل حقيقة توجب براءة الكفيل ﴿قال﴾ وان أمره أن يزوجه امرأة بعينها على مهر قد سماه فزوجها اياه وزاد عليه في المهر فان شاء الزوج أجازه وان شاء رده لانه أتى بخلاف ما أمر به فكان مبتدئاً فيتوقف عقده على اجازته وان لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها فهو بالخيار أيضاً لان دخوله بها كان باعتبار أنه امتثل الوكيل أمره فلا يصير به راضياً بما خالف فيه الوكيل فان الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به فكان على خياره ان شاء أقام معها بالمهر المسمى وان شاء فارقها وكان لها الاقل من المسمى ومن مهر مثلها لان الدخول بحكم النكاح الموقوف بمنزلة الدخول في النكاح الفاسد فيسقط به الحد للشبهة ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة ﴿قال﴾ فان كان الرسول ضمن لها المهر ولم يدخل بها الزوج وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر فعلى الرسول نصف المسمى لاقراره على نفسه انه أمره به وهذا لان انكار الزوج الأمر بالزيادة بمنزلة انكاره الامر بالعقد أصلا كما بيناه في الفصل الاول ﴿قال﴾ فان قال الرسول أنا أغرم المهر وألزمك النكاح لم يكن له ذلك الا أن يشاء الزوج لانه فيما باشر من العقد غير ممتثل أمره فكان بمنزلة الفضولي والفضولي ولا يملك أن يلزم عليه حكم العقد الا برضاه وهذا لانه وان تبرع باداء الزيادة فلا بد من أن يجب على الزوج أولا لأن المسمى في العقد صداق والصداق مطلقاً يجب على الزوج وقد تعذر الزام الزوج بذلك لانعدام منها الرضا بدونه ﴿قال﴾ واذا وكل الرجل الرجل أن يزوجه امرأة فزوجها اياه وضمن لها عنه المهر جاز ذلك ولم يرجع به الوكيل على الزوج لانه ضمن عنه بغير أمره فان أمره اياه بالنكاح لا يكون أمراً بالتزام الصداق لان الوكيل بالنكاح سفير ومعبر لا ملتزم ومن ضمن عن غيره دينه بغير أمره لم يرجع به عليه لأن تبرعه بالضمان كتبرعه بالاداء فان كان أمره بذلك رجع عليه كما لو أمره بالاداء ﴿قال﴾ واذا كان العقد من الوكيل بشهود جاز وان لم يكن على التوكيل شهود لان التوكيل بالنكاح ليس بنكاح والشهود من خصائص شرائط

النكاح وانما شرط الشهود فى النكاح لانه يملك به البضع فلاظهار خطره اختص بشهود وذلك لايوجد فى التوكيل فان البضع لا يملك بالتوكيل فهو بمنزلة التوكيل بسائر العقود ﴿قال﴾ واذا أدخل على الرجل غير امرأته فدخل بها فعلى الزوج مهر التي دخل بها لانه دخل بها بشبهة النكاح بخبر المخبر انها امرأته وخبر الواحد فى المعاملات حجة فيصير شبهة فى اسقاط الحد فاذا سقط الحد وجب المهر وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه ولا تتقى فى عدتها ماتتقى المعتدة ونحوه قضى على رضي الله عنه فى الوطء بالشبهة والحداد اظهار التحزن على فوات نعمة النكاح وذلك لايوجد في الوطء بالشبهة وليس لها عليه نفقة العدة لان وجوب النفقة باعتبار ملك اليد الثابت بالنكاح وذلك غير موجود فى الوطء بالشبهة ولانه يبقى بالعدة ما كان ثابتاً من النفقة باصل النكاح ولم يكن لها نفقة مستحقة هنا ليبقى ذلك ببقاء العدة ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لانه وجب عليه عوضا عما استوفى وهو الذى نال اللذة بالاستيفاء فلا يرجع بالعوض على غيره ولان المخبر أخبر بكذب من غير ان ضمن له شيئاً وهذا العقد من الغرور لايثبت له الرجوع عليه كمن أخبره بأمن الطريق فسلك فيه حتى أخذ اللصوص متاعه ﴿قال﴾ فان كانت هذه أم امرأته حرمت عليه امرأته بالمصاهرة ولها عليه نصف الصداق لوقوع الفرقة قبل الدخول بسبب من جهة الزوج ولا يرجع به علي أحد أيضاً لما قلنا وان كانت بنت امرأته حرمت عليه امرأته بالمصاهرة وله أن يتزوج التى دخل بها لان مجرد العقد على الام لايوجب حرمة الربيبة وليس له أن يتزوج أم التي دخل بها لان بالدخول بالبنت تحرم الام على التأبيد بخلاف الفصل الاول فان هناك لا يتزوج واحدة منهما لوجود العقد الصحيح على البنت والدخول بالام ولوكانت هذه أخت امرأته أوذات رحم محرم منها لم يقرب امرأته حتى تنقضى عدتها لان أختها معتدة منه فلو قربها كان جامعاً ماءه في رحم أختين وذلك لايجوز والله أعلم بالصواب

﴿ باب الاكفاء ﴾

﴿قال﴾ إعلم ان الكفاءة فى النكاح معتبرة من حيث النسب الاعلى قول سفيان الثورى رحمه الله تعالى فانه كان يقول لامعتبر في الكفاءة من حيث النسب وقيل إنه كان من العرب فتواضع ورأى الموالي اكفاء له وأبو حنيفة رحمه الله تعالى كان من الموالى فتواضع

ولم ير نفسه كفؤاً للعرب وحجته في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كاسنان المشط لافضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقال صلى الله عليه وسلم كلكم بنو آدم طف للصاع لم يملأ وقال الناس كابل مائة لاتكاد تجد فيها راحلة واحدة فهذه الآثار تدل على المساواة وان التفاضل بالعمل ومن أبطأ به عمله لم يسرع به نسبه وخطب أبو طيبة امرأة من بني بياضة فابوا ان يزوجوه فقال صلى الله عليه وسلم زوجوا اباطيبة الاتفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير فقالوا نعم وكرامة وخطب بلال رضي الله عنه الى قوم من العرب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمركم ان تزوجوني وان سلمان خطب بنت عمر رضي الله عنه فهم ان يزوجها منه ثم لم يتفق ذلك وحجتنا في ذلك قوله صلي الله عليه وسلم قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل وفي حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ومازالت الكفاءة مطلوبة فيما بين العرب حتى في القتال بيانه في قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر للبراز عتبة وشيبة والوليد فخرج اليهم ثلاثة من فتيان الانصار فقالوا لهم انتسبوا فانتسبوا فقالوا أبناء قوم كرام ولكنا نريد أكفاءنا من قريش فرجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه بذلك فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا وأمر حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث رضوان الله عليهم أجمعين بأن يخرجوا اليهم فلما لم ينكر عليهم طلب الكفاءة في القتال ففي النكاح أولى وهذا لان النكاح يعقد للعمر ويشتمل على أغراض ومقاصد من الصحبة والالفة والعشرة وتأسيس القرابات وذلك لايتم الا بين الاكفاء وفى أصل الملك على المرأة نوع ذلة واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته واذلال النفس حرام قال صلى الله عليه وسلم ليس للمؤمن ان يذل نفسه وانما جوز ماجوّز منه لاجل الضرورة وفي استفراش من لايكافئها زيادة الذل ولاضرورة فى هذه الزيادة فلهذا اعتبرت الكفاءة والمراد من الآثار التى رواها فى أحكام الآخرة وبه نقول ان التفاضل فى الآخرة بالتقوي وتأويل الحديث الآخر الندب الى التواضع وترك طلب الكفاءة لاالالزام وبه نقول ان عند الرضا يجوز العقد ويحكي عن

الكرخي رحمه الله تعالى انه كان يقول الاصح عندي ان لا تعتبر الكفاءة فى النكاح أصلا لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح وهو الدماء فلأن لا تعتبر في النكاح أولى ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة غير معتبرة فى الدين فى باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر ولا يدل ذلك على أنه غير معتبر فى النكاح اذا عرفنا هذا فنقول الكفاءة فى خمسة أشياء (أحدها) النسب وهو على ما قال قريش أكفاء بعضها لبعض فانهم فيما بينهم يتفاضلون وأفضلهم بنو هاشم ومع التفاضل هم أكفاء . ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله تعالى عنها وكانت تيمية وتزوج حفصة رضى الله تعالى عنها وكانت عدوية وزوج ابنته من عثمان رضى الله تعالى عنه وكان عبشميا فعرفنا أن بعضهم أكفاء لبعض . وروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال الا أن يكون نسبا مشهوراً نحو أهل بيت الخلافة فان غيرهم لا يكافئهم وكانه قال ذلك لتسكين الفتنة وتعظيم الخلافة لا لانعدام أصل الكفاءة والعرب بعضهم أكفاء لبعض فان فضيلة العرب بكون رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم ونزول القرآن بلغتهم وقال صلى الله عليه وسلم حب العرب من الايمان وقال صلى الله عليه وسلم لسلمان رضي الله تعالى عنه لا تبغضني قال وكيف أبغضك وقد هداني الله بك قال تبغض العرب فتبغضني ولا تكون العرب كفؤاً لقريش والموالى لا يكونون كفؤاً للعرب كما قال صلى الله عليه وسلم والموالى بعضهم أكفاء لبعض وهذا لأن الموالى ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالدين كما أشار اليه سلمان رضى الله تعالى عنه حين تفاخر جماعة من الصحابة بذكر الانساب فلما انتهى الى سلمان رضى الله تعالى عنه قالوا سلمان ابن من فقال سلمان ابن الاسلام فبلغ ذلك عمر رضى الله تعالى عنه فبكى وقال وعمر ابن الاسلام فمن كان من الموالى له أبوان فى الاسلام فهو كفؤ لمن له عشرة آباء لان النسبة تتم بالانتساب إلى الاب والجد فمن كان له أبوان مسلمان فله فى الاسلام نسب صحيح ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له أب فى الاسلام ومن أسلم أبوه لا يكون كفؤا لمن له أبوان فى الاسلام لان هذا يحتاج فى النسبة الى الاب الكافر وذلك منهى عنه لما روى أن رجلا انتسب الى تسعة آباء في الجاهلية فقال صلى الله عليه وسلم هو عاشرهم في النار ولكن هذا اذا كان على سبيل التفاخر دون التعريف (والثاني) الكفاءة فى الحرية فان العبد لا يكون كفؤا لامرأة حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفؤاً لحرة الاصل والمعتق أبوه لا يكون كفؤاً لامرأة

لهما أبوان في الحرية وهذا لان الرق أثر من آثار الكفر وفيه معنى الذل فكان هو بمنزلة أصل الدين من الوجه الذي قلنا وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الذى أسلم بنفسه أو أعتق لو أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤاً له (والثالث) الكفاءة من حيث المال فان من لا يقدر على مهر امرأة ونفقتها لا يكون كفؤاً لها لان المهر عوض بضعها والنفقة تندفع بها حاجتها وهى الى ذلك أحوج منها الى نسب الزوج فاذا كانت تنعدم الكفاءة بضعة نسب الزوج فبعجزه عن المهر والنفقة أولى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال اذا كان يقدر على ما يعجله ويكتسب فينفق عليها يوما بيوم كان كفؤاً لها وأما اذا كان قادراً على المهر والنفقة كان كفؤاً لها وان كانت المرأة صاحبة مال عظيم وبعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة فى كثرة المال لحديث عائشة رضى الله عنها رأيت ذا المال مهيبا ورأيت ذا الفقر مهيناً وقالت ان احساب ذوى الدنيا المال والاصح أن ذلك لا يعتبر لان كثرة المال فى الاصل مذموم قال صلى الله عليه وسلم هلك المكثرون الا من قال بماله هكذا وهكذا يعنى تصدق به (والرابع) الكفاءة فى الحرف والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن ذلك غير معتبر أصلا وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه معتبر حتى أن الدباغ والحجام والحائك والكناس لا يكون كفؤاً لبنت البزاز والعطار وكأنه اعتبر العادة فى ذلك وورد حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الناس أكفاء الا الحائك والحجام ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قال الحديث شاذ لا يؤخذ به فيما تم به البلوى والحرفة ليست بشئ لازم فالمرء تارة يحترف بحرفة نفيسة وتارة بحرفة خسيسة بخلاف صفة النسب لانه لازم له وذل الفقر كذلك فانه لا يفارقه (والخامس) الكفاءة فى الحسب وهو مروى عن محمد رحمه الله تعالى قال هو معتبر حتى أن الذى يسكر فيخرج فيستهزئ به الصبيان لا يكون كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات وكذلك أعوان الظلمة من يستخف به منهم لا يكون كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات الا أن يكون مهيباً يعظم في الناس وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال الذى يشرب المسكر فان كان يسر ذلك فلا يخرج سكران كان كفؤاً وان كان يعلن ذلك لم يكن كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات ولم ينقل عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى شئ من ذلك والصحيح عنده انه غير معتبر لان هذا ليس بلازم حتى لا يمكن تركه ﴿قال﴾ واذا واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما لانها

ألحقت العار بالاولياء فانهم يتعيرون بأن ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم فكان لهم أن يخاصموا لدفع ذلك عن أنفسهم ولا يكون التفريق بذلك الا عند القاضي لانه فسخ للعقد بسبب نقص فكان قياس الرد بالعيب بعد القبض وذلك لا يثبت الا بقضاء القاضي ولانه مختلف فيه بين العلماء فكان لكل واحد من الخصمين نوع حجة فيما يقول فلا يكون التفريق الا بالقضاء وما لم يفرق القاضي بينهما فحكم الطلاق والظهار والايلاء والتوارث قائم بينهما لان أصل النكاح انعقد صحيحاً فى ظاهر الرواية فانه لا ضرر على الأولياء في صحة العقد وانما الضرر عليهم في اللزوم فتتوفر عليه أحكام العقد الصحيح فاذا فرق القاضي بينهما كانت فرقة بغير طلاق لان هذا التفريق كان على سبيل الفسخ لأصل النكاح والطلاق تصرف في النكاح فما يكون فسخاً لاصل النكاح عندنا لايكون تصرفا فيه ولان الطلاق الى الزوج فتفريق القاضي متى كان على وجه النيابة عن الزوج كان طلاقا وهذا التفريق ليس على وجه النيابة عنه فاذا لم يكن طلاقا قلنا لامهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها أو خلا بها فلها ماسمى من المهر وعليها العدة لان أصل النكاح كان صحيحاً فيتقرر المسمى بالتسليم اما بالدخول أو بالخلوة والمكاتب والمدبر نظير العبد فى انه لايكون كفؤاً للحرة لان الرق فيهما قائم قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبدمابقى عليه درهم ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء فرضى به أحد الاولياء جاز ذلك ولا يكون لمن هو مثله فى الولاية أو أبعد منه ان ينقضه الا ان يكون أقرب منه فحينئذ له المطالبة بالتفريق وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى نوادر هشام اذا رضى أحد الوليين بغير كفء فللولى الذى هو مثله ان لا يرضى به وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله تعالى وكذلك ان كان هذا الولى الراضى هو الذى زوجها والخلاف مع الشافعى انما يتحقق هنا وجه قولهم ان طلب الكفاءة حق جميع الاولياء فاذا رضى منهم واحد فقد أسقط حق نفسه وحق غيره فيصح اسقاطه فى حق نفسه دون غيره كالدين المشترك اذا أبرأ أحدهم أو ارتهن رجلان عيناً ثم رده أحدهما أو سلم أحد الشفيعين الشفعة أو عفى أحد الوليين عن القصاص يصح فى حقه دون غيره وكذلك لو قذف أم جماعة وصدقه أحدهم كان للباقين المطالبة بالحد والدليل عليه انها لو زوجت نفسها من غير كفء كان للاولياء أن يفرقوا ولم يكن رضاها بعدم الكفاءة مبطلا حق الاولياء فكذلك هنا وحجتنا ان الحق واحد وهو غير محتمل للتجزي لانه ثبت بسبب

لايحتمل التجزى فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به كما في الأمان فان فيه ابطال حق الاستغنام والاسترقاق ثم صح من واحد من المسلمين فى حق جماعتهم للمعنى الذى قلنا وهذا لان الاسقاط صحيح فى حق المسقط بالاتفاق فاذا كان الحق واحدا وقد سقط فى حق المسقط فمن ضرورته سقوطه فى حق غيره لانه لو لم يسقط فى حق غيره لكان اذا استوفاه يصير حق الغير مستوفي أيضا وذلك لايجوز ولانه لما لم يبق بعد السقوط لايتمكن الآخر من المطالبة به بخلاف الدين فانه متجزئ فى نفسه وبخلاف الرهن فانا لو نفينا حق الآخر لا يصير حق المسقط مستوفى وبه تبين ان الحق يتعدد هناك وكذلك فى الشفعة وفي القصاص مالا يحتمل التجزى لايبقى بعد عفو أحدهم وانما يبقى ما يحتمل التجزى وهو الدية وبخلاف حد القذف فان ذلك لايحتمل السقوط ولكن المصدق ينكر سبب الوجوب وهو احصان المقذوف وانكار سبب وجوب الشئ لا يكون اسقاطا له فوزانه مما نحن فيه ان لو ادعى أحد الأولياء ان الزوج كفؤ وأثبت الآخر انه ليس بكفء فيكون له ان يطلب التفريق واما اذا رضيت هي فلان الحق الثابت لها غير الحق الثابت للاولياء لان الثابت لها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش وللاولياء صيانة نسبهم عن ان ينسب اليهم بالمصاهرة من لايكافئهم وأحدهما غير الآخر فلم يكن اسقاط أحدهما موجبا سقوط الآخر الا ترى انه قد يثبت الخيار لها في موضع لايثبت للاولياء على مانبينه فى آخر الباب ان شاء الله تعالى ومتى فرق القاضى بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة حتى وجبت عليها العدة فلها نفقة العدة على الزوج لانها كانت تستحق النفقة في أصل النكاح فيبقى ذلك ببقاء العدة وسكوت الولى عن المطالبة بالتفريق ليس برضى منه بالنكاح وان طال ذلك حتى تلد وله الخصومة ان شاء لان هذا حق ثابت له والسكوت ليس بمبطل للحق الثابت بصفة التأكد ولانه يحتاج الى الخصومة فى المطالبة وقد لا يرغب الانسان بالخصومة في كل وقت فتأخيره الى أن يتمكن منه لايكون مبطلا حقه ﴿ قال ﴾ واذا زوجها الولى غير كفء ثم فارقها ثم تزوجت به بغير ولى كان للولى ان يفرق بينهما لان العقد الثانى غير الأول ورضاه بالعقد الأول بينهما لايكون رضا بالعقد الآخر كما ان رضاه برجل لايكافئها لايكون رضا برجل آخر اذا زوجت نفسها منه بعد ذلك ﴿ قال ﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء ثم جاء الولى فقبض مهرها وجهزها فهذا منه رضا بالنكاح لان قبض المهر تقرير لحكم العقد فيتضمن ذلك الرضا بالعقد ضرورة

ومباشرة الفعل الذى هو دليل الرضا بمنزلة التصريح بالرضا ألا ترى ان مثل هذا الفعل يكون اجازة للعقد فلأن يكون رضا بالعقد النافذ كان أولى وان لم يفعل هذا ولكن خاصم زوجها فى نفقتها أو في بقية مهرها عليه بوكالة منها ففى القياس هذا لا يكون رضا لانه انما خاصم في ذلك ليظهر عجز الزوج عنه وهو احد أسباب عدم الكفاءة واشتغاله باظهار سبب عدم الكفاءة يكون تقريرا لحقه لا اسقاطا وفي الاستحسان يكون هذا رضا بالنكاح لانه انما يخاصم في المهر والنفقة ليستوفي والاستيفاء ينبنى على تمام العقد فتمكن خصومته فى ذلك رضا منه بتمام النكاح بينهما ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء ودخل بها وفرق القاضي بينهما بخصومة الولى وألزمه المهر وألزمها العدة ثم تزوجها فى عدتها بغير ولى وفرق القاضى بينهما قبل الدخول بها كان لها عليه المهر الثانى كاملا وعليها عدة مستقبلة فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله تعالى لا مهر لها عليه وعليها بقية العدة الاولى وعند زفر رحمه الله تعالى لا عدة عليها وعلى هذا الخلاف لو طلقها تطليقة ثانية فى النكاح الاول ثم تزوجها فى العدة فطلقها قبل الدخول عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يجب المهر الثانى كاملا وعليها العدة وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يجب نصف المهر الثانى ولا عدة عليها الا أن عند محمد يلزمها بقية العدة الاولى لظاهر قوله تعالى فان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية وقال ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وفى النكاح الثانى الطلاق حصل قبل المسيس لان العقد الثانى غير مبنى على الأول والدخول فى النكاح الاول لم يجعل دخولا في النكاح الثانى . ألا ترى أن صريح الطلاق يبينها فصار في حق العقد الثانى كأن الاول لم يوجد أصلا الا أن محمدا رحمه الله تعالى يوجب بقية العدة الأولى احتياطا لأن تلك العدة كانت واجبة وبالطلاق قبل الدخول صار النكاح الثانى كالمعدوم وزفر رحمه الله تعالى يقول العدة الاولى سقطت بالنكاح الثانى والساقط من العدة لا يعود وتجدد وجوب العدة يستدعى تجدد السبب وهما قالا العقد الثاني يتأكد بنفسه والفرقة متى حصلت بعد تأكد العقد يجب كمال العدة والمهر وبيان التأكد ان اليد والفراش يبقى ببقاء العدة فانما تزوجها والمعقود عليه فى يده حكما فيصير قابضا بنفس العقد كالغاصب اذا اشترى من المغصوب منه المغصوب وبه يتأكد حكم النكاح سواء وجد الدخول أو لم يوجد كما يتأكد بالخلوة وبه يبطل اعتمادهم على حصول البينونة بصريح الطلاق فان بعد الخلوة صريح الطلاق يبينها

ويكون النكاح متأكداً في حكم المهر والعدة ولان وجوب العدة لتوهم اشتغال الرحم بالماء عند الفرقة وهذا قائم في العقد الثاني لانه لا تأثير في تجديد العقد في براءة الرحم وقد كان توهم الشغل ثابتا حتى أوجبنا العدة عند الفرقة لاولى وهذا على قول محمد رحمه الله تعالى الزم لانه يلزمها بقية العدة الاولى باعتبار توهم الشغل والعدة لا تتجزى فى الوجوب وعلى هذا الاصل لو كانت الفرقة بسبب اللعان أو بخيار البلوغ أو بخيار العتق كله على الاصل الذي بيناه وكذلك ان كان النكاح الاول فاسداً أو كان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحاً صحيحاً في العدة وان كان النكاح الاول صحيحاً والثانى فاسداً ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب المهر بالاتفاق لان صير ورته قابضاً باعتبار تمكنه من القبض شرعا وذلك بالعقد الفاسد لا يكون ألا ترى أن الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب المهر والعدة فهنا كذلك العدة الاولى لم تسقط بمجرد العقد الفاسد فبقيت معتدة كما كانت ولا مهر لها عليه اذا فرق بينهما قبل الدخول ولو كان العقد الثانى صحيحا فارتدت ووقعت الفرقة بينهما فهو على هذا الخلاف الذى قلنا لها كمال المهر فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول فلو كان تزوجها في جميع هذه الوجوه بعد انقضاء العدة كان الجواب عندهم كما هو قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى في الفصول المتقدمة لانه لم يبق له عليها تلك اليد بعد انقضاء العدة فالتزوج بها وباجنبية أخرى سواء ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة رجلا خيراً منها فليس للولى أن يفرق بينهما لان الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء فان الولى لا يتعير بان يكون تحت الرجل من لا تكافئه ولان نسب الولد يكون الى أبيه لا الى أمه ألا ترى ان اسمعيل عليه السلام كان من قوم ابراهيم صلوات الله عليه لا من قوم هاجر وكذلك ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من قريش وما كان قبطياً وأولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة ﴿قال﴾ واذا تسمى الرجل لامرأة بغير اسمه وانتسب لها الى غير نسبه فتزوجته فالمسئلة على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون النسب المكتوم أفضل مما أظهره بأن أخبرها أنه من العرب ثم تبين أنه من قريش وفى هذا لا خيار لها ولا للأولياء لانها وجدته خيراً مما شرط لها فهو كمن اشترى شيئاً على أنه معيب فاذا هو سليم (والثاني) اذا كان نسبه المكتوم دون ما أظهره ولكنه فى النسب المكتوم غير كفء لها بأن تزوج قرشية على أنه من قريش ثم تبين أنه من

العرب أو من الموالى وفى هذا لها الخيار وان رضيت هى فللاولياء أن يفرقوا بينهما لعدم الكفاءة (والثالث) ان كان النسب المكتوم دون ما أظهر ولكنه فى النسب المكتوم كفؤلها بأن تزوج عربية على أنه من قريش ثم تبين أنه من العرب وفى هذا ليس للاولياء حق المطالبة بالفرقة بالاتفاق لان حق الخصومة للاولياء لدفع العار عن أنفسهم حتي لا ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم وهذا غير موجود هنا ولكن لها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا خيار لها كما لا يثبت للاولياء لان الحق فى المطالبة بالكفاءة وهي موجودة ولكنا نقول شرط لها زيادة منفعة وهو أن يكون ولدها منه صالحا للخلافة فاذا لم تنل هذا الشرط كان لها الخيار كمن اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسنه وهذا لان فى الاستفراش ذلا في جانبها والمرأة قد ترضى استفراش من هو أفضل منها ولا ترضى استفراش من هو مثلها فاذا ظهر أنه غرها فقد تبين انعدام تمام الرضا منها فلهذا كان لها الخيار بخلاف الاولياء فان ثبوت الخيار لهم لعدم الكفاءة فقط وللشافعى رحمه الله تعالى فى هذه المسئلة ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول مثل قول زفر رحمه الله تعالى وقول آخر أن النكاح باطل لانها زوجت نفسها من رجل هو قرشي ولم يوجد ذلك الرجل ولكنا نقول الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا فالعبرة للاشارة لان التعريف بالاشارة أبلغ وبهذا ونحوه نستدل على قلة فقهه فان مثل هذا الجواب لا يعجز عنه غير الفقيه ومن سئل عن طريق فقال اما من هذا الجانب واما من هذا الجانب فيشير الى الجوانب الاربعة علم أنه لا علم له بالطريق أصلا ﴿قال﴾ وان كانت المرأة هي التى غرت الزوج وانتسبت الى غير نسبها فلا خيار له فيه اذا علم وهي امرأته ان شاء طلقها وان شاء أمسكها لما بينا أنه لا يفوت عليه شئ من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها لا في حق نفسه ولا في ولده ولانه يتمكن من التخلص منها بالطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النكاح بغير شهود

﴿قال﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وكان مالك وابن أبي ليلى وعثمان البتى رحمهم الله تعالى يقولون

الشهود ليس بشرط فى النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو أعلنوا بحضرة الصبيان والمجانين صح النكاح ولو أمر الشاهدين بان لايظهرا العقد لايصح وحجتهم فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اعلنوا النكاح ولو بالدف وحضر رسول الله صلى الله عليه وسلم املاك رجل من الأنصار فقال أين شاهدكم فأتي بالدف فأمر بان يضرب على رأس الرجل وكان لعائشة رضى الله عنها دف تعيره للانكحة وهذا لان حرام هذا الفعل لايكون الا سراً فالحلال لايكون الا ضده وذلك بالاعلان لتنتفي التهم وحجتنا في ذلك الحديث الذى رويناه ولحديث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدان وقال عمر رضي الله عنه لاأوتى برجل تزوج امرأة بشهادة رجل واحد الا رجمته ولان الشرط لما كان هو الاظهار يعتبر فيه ماهو طريق الظهور شرعا وذلك شهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لايبقى سراً قال القائل

وسرك ما كان عند امرئ ... وسر الثلاثة غير الخفى

ولان اشتراط زيادة شيء فى هذا العقد لاظهار خطر البضع فهو نظير اشتراط زيادة شئ فى اثبات إتلاف مايملك بالنكاح وانما اختص ذلك من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين فكذلك هذا التمليك مختص من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين ثم الأصل عندنا ان كل من يصلح ان يكون قابلا للعقد بنفسه ينعقد النكاح بشهادته وكل من يصلح ان يكون ولياً في نكاح يصلح ان يكون شاهداً فى ذلك النكاح وعلى هذا الأصل قلنا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين ولا ينعقد عند الشافعى رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم لانكاح الا بولى وشاهدى عدل ولكنا نقول ذكر العدالة فى هذا الحديث والشهادة مطلقة فيما روينا فنحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعاً مع انه نكر ذكر العدالة فى موضع الاثبات فيقتضى عدالة مّا وذلك من حيث الإعتقاد وفى الحقيقة المسئلة تنبني على ان الفاسق من أهل الشهادة عندنا وانما لاتقبل شهادته لتمكن تهمة الكذب وفى الحضور والسماع لاتتمكن هذه التهمة فكان بمنزلة العدل وعند الشافعى رحمه الله تعالى الفاسق ليس من أهل الشهادة أصلا لنقصان حاله بسبب الفسق وهو ينبنى أيضا على أصل ان الفسق لاينقص من ايمانه عندنا فان الايمان لايزيد ولا ينقص والاعمال من شرائع الايمان لامن نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد الايمان بالطاعة وينتقص بالمعصية فجعل نقصان الدين بسبب الفسق

كنقصان الحال بسبب الرق والصغر واعتبر بطرف الأداء فان المقصود اظهار النكاح عند الحاجة اليه والصيانة عن خلل يقع بسبب التجاحد ولا يحصل ذلك بشهادة الفاسق ولكنا نقول الفسق لايخرجه من أن يكون أهلا للامامة والسلطنة فان الأئمة بعد الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم قل مايخلو واحد منهم عن فسق فالقول بخروجه من أن يكون إماما بالفسق يؤدي الى فساد عظيم ومن ضرورة كونه أهلا للامامة كونه أهلا للقضاء لان تقلد القضاء يكون من الامام ومن ضرورة كونه أهلا لولاية القضاء ان يكون أهلا للشهادة وبه ظهر الفرق بينه وبين نقصان الحال بسبب الرق والأداء ثمرة من ثمرات الشهادة وفوت الثمرة لايدل على انعدام الشئ من أصله الا ترى ان بشهادة المستور الذى ظاهر حاله العدالة ينعقد النكاح ولا يظهر عدالته وكذلك بشهادة ابنته منها وكذلك ينعقد بشهادة الاعميين بالاتفاق اما عندنا فلان الاعمى انما لاتقبل شهادته لانه لايميز بين المشهود له والمشهود عليه الا بدليل مشتبه وهو النغمة والصوت وذلك لايكون في حالة الحضور والسماع وعند الشافعى رحمه الله تعالى لان الاعمى من أهل أداء الشهادة ولهذا قال لوتحمل وهو بصير ثم عمى تقبل شهادته فاما بشهادة المحدودين في القذف فان لم تظهر توبتهما فهما فاسقان وان ظهرت توبتهما ينعقد النكاح بشهادتهما بالاتفاق عند الشافعى رحمه الله تعالى لجواز الاداء منهما بعد التوبة وعندنا انما لاتقبل شهادة المحدود في القذف لكونه محكوما بكذبه فانما يؤثر ذلك فيما يتصور فيه تهمة الكذب أو فيما يستدعى قولا من جهتهما وذلك لا يكون في الحضور والسماع فأما بشهادة العبدين والصبيين لا ينعقد النكاح لانهما لا يقبلان هذا العقد بأنفسهما ولانهما لا يصلحان للولاية في هذا العقد وهذا لان النكاح يعقد في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون الى محافل الرجال عادة فلهذا جعل حضورهما كلاحضورهما وعلى هذا الاصل ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا ينعقد بناء على أصله أن شهادة النساء مع الرجال انما تكون حجة في الاموال وفيما يكون تبعاً للأموال باعتبار أن المعاملة تكثر بين الناس ويلحقهم الحرج باشهاد رجلين في كل حادثة فكانت حجة ضرورية في هذا المعنى ولاضرورة في النكاح والطلاق وما ليس بمال لان المعاملة فيها لا تكثر فكانت كالحدود والقصاص وكذلك هذا ينبني على أصله أن المرأة لاتصلح أن تكون موجبة للنكاح ولاقابلة فكذلك لاتصلح

شاهدة فى النكاح وعندنا هي تصلح لذلك وللنساء مع الرجال شهادة أصلية ولكن فيها ضرب شبهة من حيث أنه يغلب الضلال والنسيان عليهن كما أشار الله تعالى في قوله أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وبانضمام احدى المرأتين الي الاخرى تقل تهمة النسيان ولا تنعدم لبقاء سببها وهى الانوثة فلا تجعل حجة فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فأما النكاح والطلاق يثبت مع الشبهات فهذه الشهادة فيها نظير شهادة الرجال ولا اشكال ان تهمة الضلال والنسيان فى شهادة الحضور لا تحقق فكان ينبغي أن ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأة ولكنا نقول قد ثبت بالنص ان المرأتين شاهد واحد فكانت المرأة الواحدة نصف الشاهد وبنصف الشاهد لا يثبت شئ ولهذا لو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا لم تضمن المرأة شيئاً وسنقرر هذه الاصول فى موضعها من كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى واعتمادنا على حديث عمر رضى الله تعالى عنه حيث أجاز شهادة رجل وامرأتين فى النكاح والفرقة ﴿قال﴾ ولو تزوجها بشهادة ابنته أو ابنتها أو بنته منها ينعقد النكاح بالاتفاق لحضور من هو أهل للشهادة فان امتناع قبول شهادة الولد لوالده لا لنقصان حاله بل لتهمة ميل كل واحد منهما الى صاحبه ولا تتمكن هذه التهمة فى انعقاد العقد بشهادتهما ﴿قال﴾ ولو تزوج مسلم نصرانية بشهادة نصرانيين جاز النكاح فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ولم يجز فى قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى لأن هذا نكاح لا يصح الا بشهود فلا يصح بشهادة الكافرين كالعقد بين المسلمين بخلاف أنكحة الكفار فانها تنعقد بغير شهود وحقيقة المعنى ان هذا السماع شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة وشرط الانعقاد سماع البينة كلاشطرى العقد ولم يوجد فكان هذا بمنزلة مالو سمع الشاهدان كلام المرأة دون كلام الزوج ولهما طريقان (أحدهما) مابينا ان الكافر يصلح أن يكون وليا فى العقد ويصلح ان يكون قابلا لهذا العقد بنفسه فيصلح ان يكون شاهداً فيه أيضاً كالمسلم وهذا استدلال بطريق الأولى فان الايجاب والقبول ركن العقد والشهادة شرطه فاذا كان يصلح الكافر للقيام بركن هذا العقد بنفسه فلأن يقوم بشرطه كان أولى بخلاف مايجرى بين المسلمين ولان المخاطب بالاشهاد هو الرجل لانه يتملك البضع ولا يتملك الا بشهادة الشهود فاما المرأة تملك المال والشهود ليس بشرط لتملك المال ألا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان

مخصوصا بالنكاح بغير شهود ثم كانت المرأة لاتحتاج الى الاشهاد عليه اذا ثبت هذا فنقول الرجل قد اشهد عليها من يصلح ان يكون شاهداً عليها بخلاف ما اذا كانت مسلمة وبخلاف ما اذا سمعوا كلامها لانه مخاطب بالاشهاد عليها بالعقد والعقد لايكون الا بكلام المتعاقدين وسماعهما كلام المسلم صحيح ألا ترى أنه لو تزوجها بشهادة كافرين ومسلمين ثم وقعت الحاجة الى أداء هذه الشهادة تقبل شهادة الكافرين بالعقد عليها اذا جحدت وعلى الزوج لو كانا اسلما بعد ذلك فظهر ان سماعهما كلام المسلم صحيح فيحصل به الاشهاد عليها بالعقد وهذا بخلاف ما اذا تزوجها بغير شهود فانه لايجوز ذلك وان كان في دينهم حلالا لان صاحب العقد هو الزوج وهو مسلم مخاطب بالاشهاد فلا يعتبر اعتقادها في حقه ﴿ قال ﴾ واذا زوج ابنته بشهادة ابنيه ثم جحد الزوج النكاح وادعاه الاب والمرأة فشهد الابنان بذلك فشهادتهما لاتقبل في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل ولو كان الزوج هو المدعي وجحد الاب والمرأة لذلك فشهادة الابنين فيه تكون مقبولة على ابيهما والحاصل ان شهادتهما لاختهما وعلى اختهما تكون مقبولة وشهادتهما على أبيهما فيما يجحده الأب مقبولة فأما اذا شهدا لابيهما فيما يدعيه ان كان للاب فيه منفعة نحو ان يشهدا بعقد تتعلق الحقوق به لاتقبل شهادتهما وان لم يكن للاب فيه منفعة لاتقبل الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضاً وعند محمد تقبل واصل المسئلة فيما اذا قال لعبده ان كلمك فلان فانت حر فشهد ابنا فلان ان أباهما كلم العبد فان كان الاب يجحد ذلك فشهادتهما مقبولة وان كان الاب يدعي ذلك لاتقبل الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل قال لان امتناع قبول شهادة الولد لوالده لتمكن تهمة الميل اليه وايثاره بالمنفعة على غيره وهذا لايتحقق فيما لامنفعة للاب فيه فقبلت الشهادة جحدها أو ادعاها وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول شهادة الولد لوالده لاتكون مقبولة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده وانما تكون شهادة له اذا كان مدعياً بشهادته ولا معتبر بالمنفعة فان جحوده الشهادة يقبل وان كان له فيه منفعة بأن شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة درهم بألف درهم مع أن المنفعة هنا تحقق فان ظهور صدقه عند القاضي والناس من جملة المنفعة والعاقل يؤثر هذا على كثير من المنافع الدنيوية ثم ذكر في الكتاب وقال محمد رحمه الله تعالى كل شيء للأب فيه منفعة جحد أو ادعى فشهادة ابنيه فيه باطل

وكذلك كل شئ تولاه مما يكون فيه خصما كالبيع وما أشبهه والمراد بهذا أن عند دعوى الاب لا تقبل شهادة الابن للتهمة وعند جحود الاب ان كان الآخر جاحداً أيضاً لا تقبل الشهادة لعدم الدعوى فأما اذا كان الآخر مدعياً كانت الشهادة مقبولة وان كان للأب فيها منفعة كما اذا شهدوا عليه ببيع ما يساوى مائة درهم بألف درهم والمشترى يدعيه وهذا لان هذه منفعة غير مطلوبة من جهة الاب والمنفعة التى هى غير مطلوبة لا تؤثر في المنع من قبول الشهادة ﴿ قال ﴾ وأما شهادة الشاهد على فعل تولاه لنفسه أو لغيره مما يكون فيه خصما ومما لا يكون خصما فساقطة بالاتفاق وبهذا يستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال الابن جزء من أبيه فشهادته كشهادة الاب لنفسه فكما أن شهادة الاب فيما باشره لا تكون مقبولة وان لم يكن له فيه منفعة فكذلك شهادة الابن للأب ولكنا نقول فيما باشره يكون مدعيا لا شاهداً فأما الابن فيما باشر أبوه يكون شاهداً فبعد تحقق الشهادة المانع من القبول هو التهمة ففي كل موضع لا تحقق التهمة تكون الشهادة مقبولة ﴿ قال ﴾ واذا زوج الرجل ابنته فأنكرت الرضا فشهد عليها أخوها وأبوها بالرضا لم تقبل لان الاب يريد تتميم ما باشره ولو شهد عليها أخواها بالرضا كانت مقبولة لانه لا تهمة في شهادتهما عليها ﴿قال﴾ ولو تزوج امرأة بغير شهود أو بشاهد واحد ثم أشهد بعد ذلك لم يجز النكاح لان الشرط هو الاشهاد على العقد ولم يوجد وانما وجد الاشهاد على الاقرار بالعقد الفاسد والاقرار بالعقد الفاسد ليس بعقد وبالاشهاد عليه لا ينقلب الفاسد صحيحاً ﴿ قال ﴾ ولا يجوز النكاح بين مسلمين بشهادة عبدين أو كافرين أو صبيين أو معتوهين أو نساء ليس معهن رجل لما قلنا فان كان معهم شاهدان حران مسلمان جاز النكاح لوجود شرطه فان ادرك الصبيان وعتق العبدان وأسلم الكافران ثم شهدوا بذلك عند الحاكم جازت شهادتهم لان شرائط أداء الشهادة انما يعتبر عند الاداء وهو موجود والعتق والاسلام والبلوغ ليس من شرائط التحمل فتحملهما كان صحيحاً حين تحملا لأن التحمل ليس بشهادة والحرية والاسلام والبلوغ تعتبر فى الشهادة فلهذا جازت شهادتهما ﴿قال﴾ واذا شهد شاهد أنه تزوجها أمس وشهد شاهد أنه تزوجها اليوم فشهادتهما باطلة لان النكاح وان كان قولا الا أن من شرائطه ماهو فعل وهو حضور الشهود فكان بمنزلة الافعال واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع قبول الشهادة توضيحه ان كل واحد منهما شهد بعقد

عقد بحضوره وحده وذلك عقد فاسد ﴿ قال ﴾ واذا جحد الزوج النكاح فأقامت المرأة البينة جاز ولم يكن جحوده طلاقا ولا فرقة لان الطلاق تصرف فى النكاح وهو منكر لأصل النكاح فلا يكون إنكاره تصرفا فيه بالرفع والقطع . ألا ترى أن بالطلاق ينتقص العدد وبانتفاء أصل النكاح لا ينتقص فان أقامت البينة على اقراره بالنكاح جاز أيضاً لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ﴿ قال ﴾ ولو زوج عبده أمته بغير شهود لم يجز لأنه نكاح بين مسلمين واشتراط الشهود فى نكاح المسلمين لاظهار خطر البضع وذلك المعنى لايختلف في الاحرار والعبيد وهذا بخلاف المهر لانه على طريق بعض مشايخنا يجب المهر بهذا العقد لاظهار خطر البضع حقا للشرع ثم يسقط بعد ذلك لانه لو بقى كان للمولى ولا دين للمولى على عبده وان قلنا لايجب فانما امتنع وجوبه لوجود المنافى له ولكونه غير مفيد لان فائدة الوجوب الاستيفاء وهذا لا يوجد فى الشهود فان ملكه رقبتهما لاينافي الاشهاد على النكاح ويحصل به ماهو مقصود الاشهاد ﴿قال﴾ وان طلقها الزوج في النكاح بغير شهود لم يقع طلاقه عليها ولكنه متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يستدعى ملكا له على المحل امامالك العين أو ملك اليد وذلك لايحصل بالنكاح الفاسد فان العدة وان وجبت بالدخول لايثبت ملك اليد باعتباره ولهذا لاتستوجب النفقة ولكنه يكون متاركة فان الطلاق فى النكاح الصحيح يكون رافعا للعقد موجبا نقصان العدد لكن امتنع ثبوت أحد الحكمين هنا فبقى عاملا فى الاخر وهو رفع الشبهة لان رفع الشبهة دون رفع العقد ثم بين حكم الدخول فى النكاح الفاسد وما لو تزوجها فى العدة ثانية بشهود ثم طلقها قبل الدخول وقد بينا الخلاف فيه فيما سبق ﴿قال﴾ واذا قال تزوجتك بغير شهود وقالت هى تزوجتنى بشهود فالقول قولها لانهما اتفقا على أصل العقد فيكون ذلك كالاتفاق منهما على شرائطه لان شرط الشئ يتبعه فالاتفاق على الاصل يكون اتفاقا على الشرط ثم المنكر منهما للشرط فى معنى الراجع فان كانت هى التى أنكرت الشهود فالنكاح بينهما صحيح وان كان الزوج هو المنكر يفرق بينهما لاقراره بالحرمة عليه لانه متمكن من تحريمها على نفسه فجعل اقراره مقبولا فى اثبات الحرمة ويكون هذا بمنزلة الفرقة من جهته فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميع المسمى ونفقة العدة ان كان بعد الدخول وهذا بخلاف ما اذا أنكر الزوج أصل النكاح لان القاضى كذبه فى انكاره بالحجة والمكذب في زعمه بقضاء القاضى لايبقى لزعمه عبرة وهنا القاضى ما كذبه فى زعمه بالحجة ولكنه رجح قولها

للمعنى الذى قلنا فبقى زعمه معتبراً فى حقه فلهذا فرق بينهما ﴿ قال ﴾ وكذلك لو قال تزوجتها ولها زوج أوهي معتدة من غيرى أوهى مجوسية أو أختها عندى أو هي أمة تزوجتها بغير اذن مولاها لان هذه الموانع كلها معني فى محل العقد والحال فى حكم الشروط فكان هذا واختلافهما فى الشهود سواء على ماينا وهذا بخلاف ماذا ادعي أحدهما ان النكاح كان فى صغره بمباشرته لانه ينكر أصل العقد هنا فان الصغير ليس بأهل لمباشرة النكاح بنفسه فاضافة العقد الى حالة معهودة تنافى الأهلية يكون انكارا لاصل العقد كما لو قال تزوجتك قبل ان تخلق أو قبل أن أخلق واذا كان القول قول المنكر منهما فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل الادراك وان كان دخل بها قبل الادراك فلها الأقل من المسمي ومن مهر المثل لوجود الدخول بحكم النكاح الموقوف فان عقد الصغير يتوقف على اجازة وليه اذا كان الولى يملك مباشرته وان كان الدخول بعد الادراك فهذا رضي بذلك النكاح وبعد الادراك لو أجاز العقد الذى عقده فى حالة الصغر جاز كما لو اجاز وليه قبل ادراكه فكذلك بدخوله بها يصير مجيزاً ﴿ قال ﴾ واذا زوج الرجل امرأة بامره ثم اختلفا فقال الوكيل أشهدت فيه على النكاح وقال الزوج لم تشهد فيه فانه يفرق بينهما لاقراره وعليه نصف الصداق لما قلنا ان اقراره باصل عقد الوكيل اقرار بشرطه وان اختلفت المرأة ووكيلها في مثل ذلك فالقول قول الزوج لانها أقرت بالوكالة والنكاح فيكون ذلك اقراراً منها بشرط النكاح ﴿ قال ﴾ وكذلك لو قالت لم تزوجنى لايلزمها اقرار الوكيل وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالي خلافا لهما لان اقرار الوكيل بالنكاح فى حال بقاء الوكالة صحيح وقد بيناه وكذلك وكيل الزوج اذا أقر بالنكاح وجحد الزوج فهو على الخلاف الذى بينا هكذا ذكر المسئلة هنا وأعاد المسئلة في كتاب الطلاق وذكر ان أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال سواء النكاح والخلع والبيع والشراء في ان اقرار الوكيل بفعله جائز اذا كان الآمر مقراً أنه أمره بفعله ففي رواية كتاب الطلاق الخلاف فى اقرار الولى على الصغير فى النكاح لا في اقرار الوكيل على الموكل لان الوكيل مسلط من جهة الموكل باختياره فاقرار الوكيل به كاقرار الموكل بنفسه فأما الولى مسلط شرعا والشرع اعتبر الشهود فى النكاح فلا يصح اقرار الولى بغير شهود والاصح أن الخلاف فى الكل كما ذكر هنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح أهل الذمة

﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه اعلم أن كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز فيما بين أهل الذمة لانهم يعتقدون جوازه ونحن نعتقد ذلك فى حقهم أيضا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال بعثت الي الاحمر والاسود وخطاب الواحد خطاب الجماعة فما توافقنا فى اعتقاده يكون ثابتاً فى حقهم فاما ما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع منها النكاح بغير شهود فانه جائز بين أهل الذمة يقرون عليه اذا أسلموا عندنا. وقال زفر رحمه الله تعالى لا يتعرض لهم فى ذلك الا أن يسلموا أو يترافعوا الينا فحينئذ يفرق القاضى بينهم لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ولانهم بعقد الذمة صاروا منا داراً والتزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فيثبت فى حقهم ماهو ثابت فى حقنا الا ترى ان حرمة الربا ثابتة في حقهم بهذا الطريق فكذلك حرمة النكاح بغير شهود ولكنا نقول نعرض عنهم لمكان عقد الذمة لا لانا نقرهم على ذلك كما نتركهم وعبادة النار والاوثان على سبيل الاعراض لا على سبيل التقرير والحكم بصحة مايفعلون ولا نعرض عنهم فى عقد الربا لان ذلك مستثنى عن عقد الذمة قال صلى الله عليه وسلم الامن أربى فليس بيننا وبينه عقد ويروى عهد وكتب الى بنى نجران اما ان تدعوا الربا أو فأذنوا بحرب من الله ورسوله وحجتنا فى ذلك ان الاشهاد على النكاح من حق الشرع وهم لا يخاطبون بحقوق الشرع بما هو أهم من هذا ولان النكاح بغير شهود يجوزه بعض المسلمين ونحن نعلم انهم لم يلتزموا أحكام الاسلام بجميع الاختلاف ثم من المنزل ان يترك أهل الكتاب وما يعتقدون الا ما استثني عليهم وان حكم خطاب الشرع فى حقهم كانه غير نازل لاعتقادهم خلاف ذلك الا تري ان الخمر والخنزير يكون مالا متقوما فى حقهم ينفذ تصرفهم فيهما بهذا الطريق فكذا مانحن فيه بخلاف الشرك فان ذلك لم يحل قط ولن يحل قط واذا انعقد انعقد فيما بينهم صحيحاً بهذا الطريق فما بعد المرافعة والاسلام حال بقاء النكاح والشهود شرط ابتداء النكاح لا شرط البقاء فاما اذا تزوج ذمية فى عدة ذمى جاز النكاح في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى حتى لا يفرق بينهما وان أسلما أو ترافعا وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفرق لان النكاح في العدة مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان باطلا فى حقهم أيضاً ولكن لا نتعرض لهم لمكان عقد

الذمة فاذا ترافعوا أو أسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الاسلام كما فى نكاح المحارم فاما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي من أصحابنا من يقول العدة لاتجب من الذمى لان وجوبها لحق الشرع أو لحق الزوج ولا يمكن ايجابها لحق الشرع هنا لانهم لايخاطبون بذلك ولا لحق الزوج لانه لايعتقد ذلك فاذا لم تجب العدة كان النكاح صحيحا ومنهم من يقول العدة واجبة ولكنها ضعيفة لاتمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا وبعد المرافعة أو الاسلام الحال حال بقاء النكاح والعدة لاتمنع بقاء النكاح كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة وهذا بخلاف ماإذا كانت معتدة من مسلم لان تلك العدة قوية واجبة حقا للزوج فاما اذا تزوج ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت فانه لا يتعرض له فى ذلك وان علمه القاضى مالم يترافعوا اليه الا فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وذكر فى كتاب الطلاق انه يفرق بينهما اذا علم بذلك لمآ روى ان عمر رضى الله عنه كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس وبين محارمهم وامنعوهم من الزمزمة اذا أكلوا ولكنا نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتب به عمر بن عبدالعزيز الى الحسن البصرى رضى الله تعالى عنهما مابال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وماهم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ايتركوا وما يعتقدون وانما أنت متبع وليس بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من ذلك الوقت الى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم انهم يباشرون ذلك ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة ولهذا قال يقضى لها بنفقة النكاح اذا طلبت ولا يسقط احصانه اذا دخل بها حتى اذا أسلم يحد قاذفه . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو باطل فى حقهم ولكنا لانتعرض لهم فى ذلك لمكان عقد الذمة وهذا لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شائع فى دار الاسلام وهم من أهل دار الاسلام فيكون الخطاب ثابتاً فى حقهم لانه ليس في وسع المبلغ التبليغ الى كل واحد وانما في وسعه جعل الخطاب شائعاً فيجعل شيوع الخطاب بمنزلة البلوغ اليهم ولكن لانتعرض لهم لمكان عقد الذمة ألا ترى أنهم لايتوارثون بهذه الانكحة ولو كانت صحيحة فى حقهم لتوارثوا بها وأما الخمر والخنزير فقد قيل الحرمة بخطاب خاص في حق المسلمين وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله تعالى فهل أنتم منتهون وقيل ليس من ضرورة الحرمة سقوط المالية والتقوم فالمال قد يكون حراما وقد يكون

حلالا وانما تنبني المالية على التمول وهم يتمولون ذلك فأما من ضرورة حرمة المحل بطلان النكاح وقد ثبتت الحرمة في حقهم كما بيناوأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لوتزوج مجوسية صح بالاتفاق والمجوسية محرمة النكاح بخطاب الشرع كذوات المحارم وانما حكمنا بجوازه بينهم لان الخطاب في حقهم كأنه غير نازل فانهم يكذبون المبلغ ويزعمون أنه لم يكن رسولا وقد انقطعت ولاية الالزام بالسيف أو بالمحاجة لمكان عقد الذمة فصار حكم الخطاب قاصراً عنهم وشيوع الخطاب انما يعتبر فى حق من يعتقد كون المبلغ رسولا فاذا اعتقدوا ذلك بأن أسلموا ثبت حكم الخطاب فى حقهم فأما قبل ذلك لما قصر الخطاب عنهم بقي حكم المنسوخ فى حقهم ما لم يثبت الناسخ كما بقي حكم جواز الصلاة الى بيت المقدس فى حق أهل قباء لما لم يبلغهم الخطاب بالتوجه الى الكعبة فاذا ثبت حكم صحة الانكحة بهذا الطريق ثبت به ما هو من ضرورة صحة النكاح كالنفقة وبقاء الاحصان وأما الميراث فليس استحقاق الميراث من ضرورة صحة النكاح فقد يمتنع التوارث بأسباب كالرق واختلاف الدين مع أن التوارث انما يستحق الميراث على المورث بعد موته وحكم اعتقاده بخلاف الشرع سقط اعتباره بالموت لعلمنا أنه قد تيقن بذلك ولما أشار الله تعالى اليه فى قوله وان من أهل الكتاب الا ليؤمنن به قبل موته فلا يكون اعتقاد الوارث معتبراً فى الاستحقاق عليه فلهذا لا يرثه بخلاف النفقة فى حال الحياة وبقاء الاحصان اذا ثبتت هذه القاعدة فنقول عند أبي حنيفة ان رفع أحدهما الامر الى القاضي وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما اذا كان الآخر يأبى ذلك وعندهما يفرق بينهما لان أصل النكاح كان باطلا ولكن ترك التعرض كان للوفاء بعقد الذمة فاذا رفع أحدهما الامر وانقاد لحكم الاسلام كان هذا بمنزلة ما لو أسلم أحدهما ولو أسلم أحدهما فرق القاضى بينهما فكان اسلام أحدهما كاسلامهما فكذلك رفع أحدهما اليه كرافعتهما وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أصل النكاح كان صحيحاً فرفع أحدهما الى القاضى ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر فى ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده يكون معارضاً لاعتقاد الآخر فبقي حكم الصحة على ماكان بخلاف ما اذا أسلم أحدهما فان الاسلام يعلو ولا يعلى فلا يكون اعتقادالآخر معارضاًلاسلام المسلم منهما وبخلاف ما اذا رفعا لانهما انقادا لحكم الاسلام فيثبت حكم الخطاب في حقها بانقيادهما له واليه أشار الله تعالى في قوله فان جاؤك فاحكم بينهم فتكون مرافعتهما كاسلامهما وبعد

اسلامهما يفرق بينهما لان المحرمية كما تنافي ابتداء النكاح تنافي البقاء بعد ما انعقد صحيحاً كما لو اعترضت المحرمية في نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة ﴿قال﴾ واذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير بعينه أو بغير عينه فهو جائز ولا مهر لها غير ما سمى لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا متقوما والخمر والخنزير مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة في حقنا وأن تزوجها على ميتة أو دم أو غير شئ فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لانهم لا يتمولون الميتة والدم كما لا يتمولها المسلمون ولو كان المسلم هو الذي تزوج امرأة بهذه الصفة كان لها مهر مثلها فكذلك الذمي وقيل هذا قولهما اما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاشئ لها اذا كانوا يدينون بالنكاح بغير مهر الى هذا يشير في الجامع الصغير والخلاف مشهور فيما اذا تزوجها على ان لامهر لها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لايجب المهر وان أسلما وعندهما لها مهر مثلها وهو بناء على ماذكرنا من الأصل فان تقييد الابتغاء بالمال ثبت بخطاب الشرع فعندهما يكون ثابتا في حق أهل الذمة لشيوع الخطاب في دار الاسلام وكونهم من أهلها واشتراطهم بخلاف ذلك باطل الا انه لا يتعرض لهم مالم يسلموا أو يرفع أحدهم الأمر الى القاضي بخلاف أهل الحرب فان الخطاب غير شائع في دار الحرب ولان الحربية محل للتملك بالقهر فيتمكن من اثبات ملك النكاح عليها بغير عوض بخلاف الذمية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول حكم هذا الخطاب قاصر عنهم من الوجه الذي قلنا فصح الشرط ووجب الوفاء به مالم يسلموا وبعد الاسلام أو المرافعة الحال حال بقاء النكاح والمهر ليس بشرط بقاء النكاح فكان هذا والنكاح بغير شهود سواء فاما اذا سكتا عن ذكر المهر فكذا في احدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض الا بالشرط وفي الرواية الأخرى يجب لان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع فيما بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض كان العوض مستحقاً لها وكذا عند تسمية الميتة والدم لان ذلك لغو باعتبار أنه ليس بمال فكان هذا والسكوت عن ذكر المهر سواء ﴿قال﴾ واذا طلق الذمي امرأته ثلاثا ثم أقام عليها فرافعته الى السلطان فرق بينهما لانهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان كانوا لا يعتقدونه محصور العدد فامساكه اياها بعد التطليقات الثلاث ظلم منه وما اعطيناهم الذمة لنقرهم على الظلم أرأيت لو اختلعت بمال أكنا ندعه ليقوم عليها وقد استوفى منها فاما اذا

تزوجها بعد التطليقات الثلاث برضاها فالآن هذا ونكاح المحارم سواء لان الثلاث يوجب حرمة المحل بخطاب الشرع كالمحرمية وهم لايعتقدون ذلك وحرمة المحل بهذا السبب تمنع بقاء النكاح كما تمنع الابتداء فكان كالمحرمية فيما ذكرنا من التفريعات ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الذمى ذمية على خمر بعينها أو خنزير بعينه ثم أسلما أو أسلم أحدهما فليس لها غير ذلك المعين فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فان كانت الخمر بغير عينها فلها قيمتها وفي الخنزير بغير عينه فى القياس كذلك ولكنه استحسن فقال لها مهر مثلها وفي قول محمد لها القيمة على كل حال وفى قول أبي يوسف الآخر لها مهر مثلها على كل حال ولم يذكر قوله الاول وقيل هو كقول محمد رحمه الله اما حجتهما فى العين ان الاسلام ورد والحرام مملوك بالعقد غير مقبوض فيمنع الاسلام قبضه كما في الخمر المشتراة اذ أسلم أحدهما قبل القبض وهذا لان القبض يؤكد الملك الثابت بالعقد الا ترى ان الصداق تتنصف بنفس الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضاً وبعد القبض لا يعود شيء الى ملك الزوج الا بقضاء أو رضاء وكذلك الزوائد تتنصف قبل القبض ولا تتنصف بعده وكذلك لو مر يوم الفطر والصداق عبد عند الزوج ثم طلقها قبل الدخول لاتجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض اذا ثبت هذا فنقول الاسلام كما يمنع تملك الخمر بالعقد ابتداء يمنع تأكد الملك فيها بالقبض وبه فارق الخمر المغصوبة فانه ليس في الاسترداد تأكد الملك انما فيه مجرد النقل من يد الى يد وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاسلام ورد وعين المسمى مملوك لها مضمون بنفسه في يد الزوج فلا يمنع الاسلام قبضه كالخمر المغصوبة لايمنع الاسلام استردادها وهذا لان ملكها في الصداق يتم بنفس العقد حتى تملك التصرف فيه كيف شاءت ومع من شاءت ببدل وغير بدل فليس القبض هنا بموجب ملك التصرف ولا تملك العين بخلاف المبيع فان بالقبض هناك يستفاد ملك التصرف والاسلام المانع منه ولان ضمان المبيع فى يد البائع ضمان ملك حتي لو هلك يهلك على ملكه فكان قبض المشترى ناقلا لضمان الملك فاما ضمان المسمى فى يد الزوج فليس بضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ولهذا وجب لها القيمة فلايكون الاسلام مانعاً من القبض الناقل للضمان اذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب وهذا بخلاف ما اذا كان المسمى بغير عينه لان القبض هناك موجب ملك العين والاسلام يمنع من ذلك واذا عرفنا هذا فمحمد رحمه الله تعالى يقول في الفصول كلها تعذر بالاسلام تسليم المسمي

بعد صحة التسمية وذلك موجب للقيمة على كل حال كما لو تزوجها على عبد فاستحق أو هلك قبل التسليم وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الاسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل في الحكم كالمقارن للعقد كما في البيع ولو اقترن الاسلام بالعقد وجب لها مهر المثل على كل حال فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القياس ما قاله محمد رحمه الله تعالى لان التسمية صحيحة وبطريان الاسلام لا يتبين فساد التسمية بخلاف ما اذا اقترن الاسلام بالعقد فان التسمية هناك مفسدة وبخلاف البيع لان أصل السبب هناك يفسد بالاسلام الطارئ وهنا أصل السبب باق وقد كانت التسمية صحيحة فاذا تعذر تسليم المسمى كان لها القيمة غير أني أستقبح ايجاب قيمة الخنزير فأوجب لها مهر مثلها قيل انما استقبح ذلك لبعد الخنزير عن المالية في حق المسلمين ولان المسلمين لا يعرفون قيمته والرجوع الى أهل الذمة في معرفة قيمة الخنزير ليقضى به مستقبح ولكن هذا ضعيف فان المسلم اذا أتلف خنزير الذمي يضمن قيمته كما اذا أتلف خمره والصحيح ان يقال قيمة الخنزير كعينه الا ترى ان قبل الاسلام لو اتاها بالقيمة أجبرت على القبول كما اذا أتاها بالعين فكما تعذر قبض عين الخنزير بالاسلام فكذلك القيمة بخلاف الخمر يقرره ان قيمة الخنزير من موجبات صحة التسمية وبالاسلام قد تغير حكم التسمية فانما يجوز ان يستوفى بعد الاسلام ماليس من موجبات صحة التسمية وذلك مهر المثل فاما قيمة الخمر ليس من موجبات صحة التسمية لان الخمر من ذوات الامثال فلهذا يصار الى قيمة الخمر ثم ان طلقها قبل الدخول ففي العين لها نصف العين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق على ما نذكره في باب المهور ان شاء الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لها المتعة على كل حال ﴿ قال ﴾ مسلم تزوج مسلمة على خمر أو خنزير أو شئ مما لا يحل كان النكاح جائزا لان صحة التسمية ليس من شرائط أصل النكاح فالنكاح صحيح بغير تسمية المهر فكذلك مع فساد التسمية لان ما كان فاسدا شرعا فذكره كالسكوت عنه في حكم الاستحقاق وتقدم اشتراطه غير مبطل للنكاح فان النكاح يهدم الشرط ولا ينهدم به هكذا قال ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع واذا صح النكاح فلها مهر

مثلها لان البضع لا يتملك الا بعوض وقد تعذر إيجاب المسمى فيصار الى العوض الاصلي وهو قيمة البضع على ما نبينه فى باب المهور ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ وتجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس وقد دللنا على جواز أصل المناكحة فيما بينهم ثم هم أهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم لانه يجمعهم اعتقاد الشرك والانكار لنبوة محمد صلى الله عليه وسلم فتجوز المناكحة فيما بينهم كأهل المذاهب فيما بين المسلمين ولهذا جوزنا شهادة بعضهم على بعض وورثنا بعضهم من بعض ثم المولود بينهما على دين الكتابى من الأبوين عندنا تحل ذبيحته ومناكحته للمسلمين ولا يحل ذلك عند الشافعي رحمه الله تعالى لان المعارضة تحقق بينهما واحدهما يوجب الحرمة والآخر الحل فيغلب الموجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شئ الا غلب الحرام الحلال بخلاف ما اذا كان أحدهما مسلما لان الكفر لا يعارض الاسلام على ما بينا ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه الحديث فقد جعل اتفاق الابوين علة ناقلة عن أصل الفطرة فيثبت ذلك فيما اذا اتفق عليه الابوان وفيما اختلفا فيه يبقى على أصل الفطرة ولان حل الذبيحة والمناكحة من حكم الاسلام فاذا كان ذلك اعتقاد أحد الأبوين يجعل الولد تبعا له فى ذلك كما فى نفس الاسلام وهذا لان اليهودية اذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر فلا تقع المعارضة بينهما ولكن يترجح جانب التبعية للكتابي لانه يعتقد التوحيد أو يظهره فكان فى جعل الولد تبعاً له نوع نظر للولد وذلك واجب ﴿قال﴾ واذا زوج صبية من صبى وهما من أهل الذمة جاز ذلك كما يجوز بين المسلمين لان الولاية تثبت للأولياء فيما بينهم قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ثم ان كان المزوج هو الاب والجد فلا خيار لهما اذا أدركا لشفقة الأبوة فان ذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى وان كان المزوج غير الأب والجد فلهما الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد على ما بينا فيما بين المسلمين ﴿قال﴾ واذا تزوجت الذمية ذمياً فقال وليها هذا ليس بكفء لم يلتفت الى قوله لان ذل الشرك وصغار الجزية يجمعهم فلا يظهر مع ذلك نقصان النسب بل هم أكفاء بعضهم لبعض ألا ترى أنهم لو استرقوا كانوا أكفاء ولو اعتقوا كذلك ولو أسلموا كانوا أكفاء فعرفنا أنه لا يظهر التفاوت بينهم فلا يكون للولى ان يخاصم ﴿قال﴾ الا ان يكون شيئاً مشهوراً يعنى كابنة ملك منهم خدعها حائك أو سايس ونحوه فهنا يفرق

بينهما لالانعدام الكفاءة بل لتسكين الفتنة لان هذا يهيج الفتنة والقاضى مأمور بتسكين الفتنة بينهم كما هو مأمور بذلك بين المسلمين ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الذمى مسلمة حرة فرق بينهما لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى فاستقر الحكم فى الشرع على ان المسلمة لاتحل للكافر وان كان ذلك حلالا فى الابتداء فيفرق بينهما ويوجع عقوبة ان كان قد دخل بها ولا يبلغ به أربعين سوطاً وتعذر المرأة والذى سعى فيما بينهما وفي حق الذمى لم يذكر لفظ التعذير لانه ينبئ عن معنى التطهير والتوقير قال الله تعالى وتعزروه وتوقروه وتسبحوه بكرة وأصيلافلهذا قال يوجع عقوبة وهذا لانه أساء الأدب فيما صنع واستخف بالمسلمين وارتكب ما كان ممنوعاًمنه فيؤدب على ذلك وكان مالك بن أنس رحمه الله تعالى يقول يقتل لانه يصير بهذا ناقضاً للعهد حين باشر ما ضمن فى العهد أن لا يفعله فهو نظير الذمي اذا جعل نفسه طليعة للمشركين على قوله ولكنا نقول كما ان المسلم بارتكاب مثله لا يصير ناقضاً لامانه فالذمى لا يصير ناقضاً لأمانه فلا يقتل ولكن يوجع عقوبة وكذلك يعذر الذى سعى بينهما لأنه أعان على مالا يحل والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي والرائش وهو الذى يسعى بينهما وان أسلم بعد النكاح لم يترك على نكاحه لان أصل النكاح كان باطلا فبالاسلام لاينقلب صحيحا ﴿ قال ﴾ ولو أسلم الزوج وامرأته من أهل الكتاب بقى النكاح بينهما ولا يتعرض لهما لان ابتداء النكاح صحيح بعد اسلام الرجل فلأن يبقى أولى وان كانت من غير أهل الكتاب فهى امرأته حتى يعرض عليها الاسلام فان أسلمت والا فرق بينهما وكذلك ان كانت المرأة هي التى أسلمت والزوج من أهل الكتاب أو من غير أهل الكتاب فهى امرأته حتى يعرض عليه الاسلام فان أسلم والا فرق بينهما ويستوى ان كان دخل بها أو لم يدخل بها عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاث حيض ولا يعرض الاسلام على الآخر واستدل في ذلك فقال قد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم في الاجبار على الاسلام وذلك يقطع ولاية الاجبار والتفريق عندنا بالاسلام ولكن النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس اختلاف الدين اذا كان على وجه يمنع ابتداء النكاح وبعد الدخول النكاح متأكد فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين حتى ينضم اليه مايؤثر

في الفرقة وهو انقضاء العدة وقاس بالطلاق فان بنفس الطلاق قبل الدخول يرتفع النكاح وبعد الدخول لا يرتفع الا بانقضاء العدة وحجتنا في ذلك ماروى ان دهقانة بهز الملك أسلمت فأمر عمر رضى الله تعالى عنه ان يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم والا فرق بينهما وان دهقانا أسلم في عهد على رضى الله عنه فعرض الاسلام على امرأته فابت ففرق بينهما وكان المعنى فيه ان النكاح كان صحيحاً بينهما فلا يرتفع الا بعد وجود السبب الموجب له واسلام المسلم منهما لا يصلح سبباً لذلك لانه سبب لاثبات العصمة وتأكيد الملك له وكذلك كفر من أصر منها على الكفر لانه كان موجوداً قبل هذا وما كان مانعاً لابتداء النكاح ولا بقائه وكذلك اختلاف الدين فان عينه ليس بسبب كما لوكان الزوج مسلماً والمرأة كتابية فلا بد من أن يتقرر السبب الموجب للفرقة لما تعذر استدامة النكاح بينهما وذلك السبب عرض الاسلام على الكافر منهما لا بطريق الاجبار عليه ولكن لان بالنكاح وجب عليه الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان فالامساك بالمعروف في ان يساعدها على الاسلام فاذا أبى ذلك تعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع من ذلك ناب القاضى منابه في التفريق بينهما ثم ان كانت المرأة هى التى أبت الاسلام حتى فرق القاضى بينهما فان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعد الدخول فليس لها نفقة العدة لان الفرقة جاءت من قبلها وتكون الفرقة بغير طلاق بالاتفاق لانه ليس اليها من الطلاق شئ وانما فرق القاضى بينهما باصرارها على الخبث والخبيثة لا تصلح للطيب فاما اذا كان الزوج هو الذى أبى الاسلام فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر وان كان بعد الدخول فلها نفقة العدة وتكون الفرقة بطلاق عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تكون فرقة بغير طلاق واما الفرقة بردة المرأة تكون بغير طلاق وردة الزوج كذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وفى قول محمد رحمه الله تعالى تكون بطلاق وحجة أبي يوسف رحمه الله تعالى في الفصلين ان سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى أنه يتحقق من كل واحد منهما وهو الاباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية وملك أحد الزوجين صاحبه وهذا لانه ليس اليها من الطلاق شئ فكل سبب للفرقة يتحقق من جهتها يعلم انه ليس بسبب للطلاق وحجة محمد رحمه الله تعالى في الفصلين ان سبب الفرقة قول من جهة الزوج اما إباء أو ردة فيكون بمنزلة ايقاع

الطلاق وهذا لانه يفوت الامساك بالمعروف بهذا السبب فيتعين التسريح بالاحسان والتسريح طلاق الا ترى ان الفرقة بين العنين وامرأته تجعل طلاقاً بهذا الطريق وأبو حنيفة يفرق بينهما والفرق من وجهين احدهما ان الفرقة بالردة كانت لفوات صفة الحل وذلك مناف للنكاح الا ترى ان الفرقة لا تتوقف على قضاء القاضى فانه ينافي النكاح ابتداء وبقاء فيكون نظير المحرمية والملك فأما إباء الاسلام فانه غير مناف للنكاح الا ترى ان الفرقة به لا تقع الا بقضاء القاضي والفرقة بسبب غير مناف للنكاح اذا كان مضافاً الى الزوج يكون طلاقاً توضيح الفرق ان في فصل الاباء لما كانت الفرقة لاتقع الا بقضاء القاضي أشبه الفرقة بسبب العنة من حيث ان القاضى ينوب فيه عن الزوج وفى مسئلة الردة لما لم تتوقف الفرقة على القضاء أشبه الفرقة بسبب المحرمية والملك الا ترى انه يتم بالمرأة وليس اليها من الطلاق شيء ثم في الفصلين يقع طلاقه عليها ما دامت فى العدة اما في الاباء فظاهر لان الفرقة كانت بالطلاق واما في الردة فلان حرمة المحل بهذا السبب غير متأبدة ألا ترى أنه يرتفع بالاسلام فيتوفر على الطلاق ما هو موجبه وهو حرمة المحل الى غاية إصابة الزوج الثاني فلهذا يقع طلاقه عليها فى العدة بخلاف ما بعد المحرمية فان حرمة المحل هناك مؤبدة فلا يظهر معها ماهو موجب الطلاق ﴿قال﴾ واذا عقد النكاح على صبيين من أهل الذمة ثم أسلم أحدهما وهو يعقل الاسلام صح اسلامه عندنا استحسانا ويعرض على الآخر الاسلام ان كان يعقل فان أسلم فهما على نكاحهما وان أبى أن يسلم فان كان الزوج هو الذى أسلم والمرأة كتابية لم يفرق بينهما كما لو كانا بالغين وان كان بخلاف ذلك ففي القياس لايفرق بينهما أيضا لان الاباء انما يتحقق موجباً للفرقة ممن يكون مخاطبا بالاداء والذي لم يبلغ وان كان عاقلا فهو غير مخاطب بذلك ولكنه استحسن فقال كل من صح منه الاسلام اذا أتى به صح منه الاباء اذا عرض عليه وعند تقرر السبب الموجب للفرقة الصبي يستوى بالبالغ كما لو وجدته امرأته مجنوناً وقيل هذا على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فأما أبو يوسف رحمه الله فانه يأخذ بالقياس وهو نظير اختلافهم فى ردة الصبي عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تجب الفرقة خلافا لابى يوسف رحمه الله تعالى والاصح أنه قولهم جميعا والفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى أن الاباء تمسك بما هو عليه فيكون صحيحا منه فأما الردة انشاء لما لم يكن موجوداً وهو يضره فلا يصح منه ألا ترى أن رده الهبة بعد ماقبض لايصح وامتناعه من القبول فى الابتداء

صحيح ثم اذا فرق باباء الزوج وكان صغيراً فبعض مشايخنا يقولون هـذا لايكون طلاقا لأن الصبي ليس من أهل الطلاق بخلاف البالغ والصحيح انه طلاق لأن السبب قد تقرر فهو نظير الفرقة بسبب الجب وهـذا لان الصبي ليس بأهل لايقاع الطلاق والعتاق ثم العتق ينفذ من جهته اذا تقرر سببه بأن ورث قريبه فكذلك الطلاق ﴿قال﴾ نصراني تزوج نصرانية ثم انها تمجست فهما على نكاحهما لأنها لوكانت مجوسية في الابتداء صح النكاح بينهما فكذلك اذا تمجست وهو بناء على أصلنا أنه اذا تحول من دين الى دين يترك على ما اعتقد لأن الكفر كله ملة واحدة وللشافعي فيه ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول آخر أنه يقتل ان لم يسلم لان الأمان له كان على ما اعتقده فاذا بدله بغيره لم يبق له أمان فيقتل ان لم يسلم وهذا فاسد فان الامان بسبب الذمة كان له مع كفره وما ترك الكفر واذا كان ما اعتقد لاينافي ابتداء عقد الذمة لايكون منافياً للبقاء أيضاً وفي قول آخر يقول يجبر على العود الي ما كان عليه كالمسلم اذا ارتد والعياذ بالله وهو بعيد أيضاً فانما كان عليه كان كفراً فكيف يجبر على العود اليه والنصراني اذا تهود فقد اعتقد التوحيد ظاهراً فكيف يجبر على العود الى التثليث بعد مااعتقد التوحيد فان أسلم الزوج بعد ماتمجست عرض عليها الاسلام كما لوكانت مجوسية في الاصل فان أسلمت والا فرق بينهما وان تهودت أو تنصرت كانا على النكاح كما لوكانت يهودية أو نصرانية في الابتداء وان تمجست بعد ما أسلم الزوج وقعت الفرقة بينهما لان تمجسها بعد الاسلام كردة المسلمة فكما يتعجل الفرقة بنفس ردة المرأة فكذا تمجسها بعد إسلام الزوج ﴿قال﴾ نصراني تزوج نصرانية بشهادة عبدين كان جائزاً اذا كان ذلك في دينهم نكاحا لانه لو تزوجها بغير شهود جاز فبشهادة العبدين أولى والله أعلم بالصواب

باب نكاح المرتد

﴿قال﴾ ولايجوز للمرتد ان يتزوج مرتدة ولا مسلمة ولا كافرة أصلية لان النكاح يعتمد الملة ولاملة للمرتد فانه ترك ما كان عليه وهو غير مقر علي ما اعتقده وحقيقة المعنى فيه من وجهين أحدهما ان النكاح مشروع لمعنى البقاء فان بقاء النسل به يكون وكذلك بقاء النفوس بالقيام بمصالح المعيشة والمرتد مستحق للقتل فما كان سبب البقاء لايكون مشروعا

في

في حقه والثانى ان قتله بنفس الردة صار مستحقا وانما يمهل ثلاثة أيام ليتأمل فيما عرض له من الشبهة ففيما وراء ذلك جعل كانه لاحياة له حكما فلا يصح منه عقد النكاح لان اشتغاله بعقد النكاح يشغله عما لاجله حياته وهو التأمل وكذلك لايجوز نكاح المرتدة مع أحد لانها مأمورة بالتأمل لتعود الى الاسلام وممنوعة من الاشتغال بشئ آخر ولانها بالردة صارت محرمة والنكاح مختص بمحل الحل ابتداء فلهذا لايجوز نكاحها مع أحد ﴿ قال ﴾ واذا ارتد المسلم بانت منه امرأته مسلمة كانت أو كتابية دخل بها أولم يدخل بها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لم يدخل بها فكذلك وان كان بعد الدخول لا يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض بناء على أصله في الفرق بين تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده على مابينا فى الاسلام فانه بالردة يقصد منابذة الملة لا الحليلة فلا يكون ذلك موجبا للفرقة بعد تأكده مالم ينضم اليه سبب آخر كما لو أسلم أحدهما وابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول لاتقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد فان تاب فهى امرأته وان مات أوقتل ورثته وجعل هذا قياس اسلام أحد الزوجين على مابينا ولكنا نقول الردة تنافي النكاح واعتراض سبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمية فاما اختلاف الدين عينه لاينافى النكاح حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية وكذلك الاسلام لاينافي النكاح فان النكاح نعمة وبالاسلام تصير النعم محرزة له فلهذا لا تقع الفرقة هناك الا بقضاء القاضى بعد إباء الآخر ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر ان كان لم يدخل بها ونفقة العدة ان كان دخل بها وان كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها ان كان قبل الدخول وليس لها نفقة العدة بعد الدخول والكلام فى ان هذه الفرقة بطلاق أو بغير طلاق كما بيناه ﴿ قال ﴾ واذا ارتد الزوجان معاً فهما على نكاحهما استحساناً عندنا وفي القياس تقع الفرقة بينهما وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان فى ردتهما ردة أحدهما وزيادة فاذا كانت ردتهما تنافي ابتداء النكاح تنافى البقاء أيضاً ولكنا تركنا القياس لاتفاق الصحابة رضى الله تعالى عنهم فان بنى حنيفة ارتدوا بمنع الزكاة فاستتابهم أبو بكر رضى الله تعالى عنه ولم يأمرهم بتجديد الانكحة بعد التوبة ولا أحد من الصحابة رحمهم الله تعالي سواه ولا يقال لعل الارتداد من بعضهم كان قبل بعض ولم يشتغل بذلك أيضاً لان كل أمرين لا يعرف التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معا وفقه هذا الكلام ان وقوع الفرقة عند ردة أحدهما لظهور خبثه عند المقابلة

بطيب المسلم فاذا ارتدا معاً لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه تقابل الخبث بالخبث والمعني فيه انه لم يختلف لهما دين ولا دار فيبقى ما كان بينهما على ما كان كما اذا أسلم الكافران معاً واعتبار البقاء بالابتداء فاسد فان العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء ولا فرق لان كل واحد منهما يوجب حرمة المحل ولكنها غير متأبدة فان أسلم أحدهما وقعت الفرقة بينهما باصرار الآخر على الردة لظهور خبثه الآن عند المقابلة بطيب الآخر حتى لو كانت المرأة هي التي أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان كان الزوج هو الذى أسلم فلا شئ لها لان الفرقة من جانب من أصر على الردة فان اصراره بعد اسلام الاخر كانشاء الردة ﴿قال﴾ وان أسلم النصرانى وامرأته نصرانية ثم تحولت الى اليهودية فهي امرأته كما لو كانت يهودية في الابتداء وان أسلم وهي مجوسية ثم ارتد عن الاسلام بانت منه لان النكاح بعد اسلامه باق مالم يفرق القاضي بينهما ألا ترى أنها لو أسلمت كانا على نكاحهما فتفرده بالردة في حال بقاء النكاح موجب للفرقة وكذلك اذا أسلمت المرأة المجوسية ثم ارتدت بانت منه وكذلك لو ارتد الزوج بانت منه وان لم يرتد الزوج ولم تسلم هي حتى مات الزوج كان لها المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل بها لان النكاح ينتهي بالموت حين لم يفرق القاضي بينهما فيتقرر به جميع المهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح أهل الحرب

﴿قال﴾ رضى الله عنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه سئل عن مناكحة أهل الحرب من أهل الكتاب فكره ذلك وبه نأخذ فنقول يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية فى دار الحرب ولكنه يكره لانه اذا تزوجها ثمة ربما يختار المقام فيهم وقال صلى الله عليه وسلم أنا بريء من كل مسلم مع مشرك لا تراآى ناراهما ولان فيه تعريض ولده للرق فربما تحبل منه فتسبي فيصير ما فى بطنها رقيقاً وان كان مسلماً واذا ولدت تخلق الولد باخلاق الكفار وفيه بعض الفتنة فيكره لهذا فان خرج وتركها فى دار الحرب وقعت الفرقة بينهما بتباين الدارين حقيقة وحكما لانها من أهل دار الحرب والزوج من أهل دار الاسلام وتباين الدارين بهذه الصفة موجب للفرقة عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا يكون موجبا للفرقة حتى اذا أسلم أحد الزوجين وخرج الى دارنا فان كانت المرأة هى التى خرجت مراغمة وقعت

الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج فان خرجت غير مراغمة لزوجها أو خرج الزوج مسلما أو ذميا تقع الفرقة بتباين الدارين عندنا ولا تقع عند الشافعي رحمه الله تعالى واستدل بحديث أبي سفيان رضي الله عنه فانه أسلم بمر الظهران في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لم يجدد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينه وبين امرأته هند ولما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام رضي الله عنهما حتى أسلمت امرأة كل واحد منهما وأخذت الامان لزوجها وذهبت فجاءت بزوجها ولم يجدد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينهما وان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت الى المدينة ثم تبعها زوجها أبو العاص بعد سنين فردها عليه بالنكاح الاول والمعنى فيه ان اختلاف الدار عبارة عن تباين الولايات وذلك لا يوجب ارتفاع النكاح كاختلاف الولايتين في دار الاسلام الا ترى ان الحربي لو خرج الينا مستأمنا أو المسلم دخل دار الحرب بامان لم تقع الفرقة بينه وبين امرأته وكذلك الخارج من مصر أهل العدل الى منعة أهل البغي لا تقع الفرقة بينه وبين امرأته وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وليس في هذه الآية بيان قصد المراغمة فاشتراطه يكون زيادة على النص وقال الله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر والكوافر جمع كافرة معناه لا تعتدوا من خلفتموه في دار الحرب من نسائكم ولما أراد عمر رضي الله عنه ان يهاجر الى المدينة نادى بمكة الامن أراد ان تئيم امرأته منه أو تبين فليلتحق بي أي فليصحبني في الهجرة والمعنى فيه ان من بقي في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت قال الله تعالى أومن كان ميتا فاحييناه أي كافرا فرزقناه الهدى الا ترى ان المرتد اللاحق بدار الحرب يجعل كالميت حتى يقسم ماله بين ورثته فكما لا تتحقق عصمة النكاح بين الحي والميت فكذلك لا تتحقق عند تباين الدارين حقيقة وحكما فاما اذا خرج الينا بامان فتباين الدارين لم يوجد حكما لانه من أهل دار الحرب متمكن من الرجوع اليها وكذلك اذا دخل المسلم دار الحرب بامان فهو من أهل دار الاسلام حكما ومنعة أهل البغي من جملة دار الاسلام ومن فيها لا يجعل بمنزلة الميت حكما والدليل عليه انه ما خرج الا قاصدا احراز نفسه من المشركين فلا يعتبر مع ذلك القصد الى المراغمة ولو كان خروجها على سبيل المراغمة لزوجها وقعت الفرقة

بالاتفاق فاما حديث زينب رضي الله عنها فالصحيح انه ردها عليه بالنكاح الجديد وما روى انه ردها عليه بالنكاح الأول أي بحرمة النكاح الأول الا ترى انه ردها عليه بعد سنين والمدة تنقضي فى مثل هذه المدة عادة وقد روى ان الكفار تبعوها وضربوها حتى أسقطت فانقضت عدتها بذلك وعند الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لا تقع الفرقة بتباين الدارين تقع بانقضاء العدة واما اسلام أبي سفيان فالصحيح أنه لم يحسن اسلامه يومئذ وانما أجاره رسول الله صلى الله عليه وسلم بشفاعة عمه العباس رضى الله عنه وعكرمة وحكيم بن حزام انما هربا الى الساحل وكانت من حدود مكة فلم يوجد تباين الدارين وقال الزهري ان دار الاسلام انما تميزت من دار الحرب بعد فتح مكة فلم يوجد تباين الدارين يومئذ فلهذا لم يجدد النكاح بينهما فاما اذا سبي احد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالاتفاق فعندنا لتباين الدارين وعند الشافعي رضى الله عنه للسبي حتى اذا سبيا معا لم تقع الفرقة بينهما لقوله تعالى والمحصنات من النساء الآية معناه ذوات الازواج من النساء الا ما ملكت أيمانكم فانها محللة لكم وانما نزلت الآية في سبايا أوطاس وقد نادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ الا لا توطأ الحبالى من الفيء حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وانما سبي أزواجهن معهن والمعنى فيه ان السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي ولهذا لا يبقى الدين الذى كان واجباً على المسبي وانما يصفو اذا لم يبق ملك النكاح وهذا لان السبي سبب لملك ما يحتمل التملك ومحل النكاح محتمل للتملك فيصير مملوكا للسابي لانه لو امتنع ثبوت الملك انما يمتنع لحق الزوج وهو ليس بذى حق محترم ألا ترى أنه تسقط به مالكيته عن نفسه وعن ماله ولهذا قلنا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو لذمي لا يبطل النكاح لان ملك النكاح محترم ولا يدخل عليه القصاص أنه لا يسقط بالسبي لان المستحق بالقصاص الدم وهو ليس بمحتمل للتملك ولان القصاص لا يجب الا لمحترم وحجتنا فى ذلك أن السبي سبب لملك الرقبة مالا فلا يكون مبطلا للنكاح كالشراء وهذا لان المملوك فى النكاح ليس بمال فلا يثبت فيه التملك بالسبي مقصوداً لان تملك البضع مقصوداً بسببه يختص بشرائط من الشهود والولى وذلك لا يوجد فى السبي فانما يثبت الملك هنا تبعاً لملك الرقبة وذلك لا يثبت الا عند فراغ المحل عن حق الغير ونفس السبي ليس بمناف للنكاح ألا ترى أن ملك النكاح لو كان محترما لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافى اذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع ولأن السبي لا ينافى ابتداء النكاح فلأن

لا ينافي البقاء أولى وأما الدين فان كان على عبد فسبي لم يسقط الدين منصوص عليه في المأذون وان كان على حر فسبي فانه يسقط لانه لما صار عبداً والدين لا يجب على العبد الا شاغلا مالية رقبته فكذلك لا يبقى الا شاغلا للمالية وحين كان واجباً على الحر لم يكن شاغلا لمالية الرقبة اذ لا مالية في رقبته فلا يمكن ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة بعد السبي ألا ترى أنه لو كان الدين لمحترم لا يبقى كذلك وبه يبطل قولهم ان السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي فان ملك النكاح اذا كان محترماً بقي النكاح ولا صفاء وكذلك اذا سبي الزوج وقعت الفرقة وهنا الملك له لا عليه فأما الحديث فالمروى أن الرجال هربوا الى حصونهم وانما سبي النساء وحدهن فقد وقعت الفرقة بتباين الدارين والآية دليلنا فان الله تعالى حرم ذوات الازواج فما لم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي بهذا النص اذا عرفنا هذا فنقول اذا خرج الزوج مسلماً وتركها في دار الحرب حتى وقعت الفرقة بينهما لم يقع عليها طلاقه بعد ذلك لان النكاح قد انقطع لا الى عدة فان بقاءها في دار الحرب كما ينافي أصل النكاح بينها وبين الزوج ينافي العدة فلهذا لا يقع طلاقه عليها وان خرجت المرأة قبل الزوج مسلمة أو ذمية فهما على نكاحهما لان الزوج مسلم من أهل دار الاسلام أيضاً فلم تتباين بهم الدار ﴿ قال ﴾ حربية كتابية دخلت دار الاسلام بأمان فتزوجت مسلماً أو ذمياً جاز ذلك وصارت ذمية لانها تابعة لزوجها في المقام فتزويجها نفسها ممن هو من أهل دار الاسلام يكون رضى منها بالمقام في دارنا على التأبيد فتصير ذمية وان كانت غير كتابية فان تزوجها ذمي فكذلك الجواب وان تزوجها مسلم لم يجز النكاح وصيرورتها ذمية تكون ضمناً لصحة النكاح ولم يصح النكاح هنا وهذا بخلاف المستأمن في دارنا اذا تزوج ذمية فانه لا يصير ذمياً لان الرجل ليس بتبع للمرأة في المقام ألا ترى أنه لا يصير مقيما باقامة المرأة والمرأة تصير مقيمة باقامة الزوج ومسافرة بسفره فلهذا افترقا ﴿ قال ﴾ حربي أسلم وتحته خمس نسوة وأسلمن معه فان كان تزوجهن في عقدة واحدة يفرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن في عقود متفرقة فنكاح الاربع الاول جائز ونكاح الخامسة فاسد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى سواء تزوجهن في عقدة واحدة او في عقود متفرقة يخير فيختار أى أربع منهن شاء ويفارق الخامسة وهو قول الشافعي رحمه الله تعالي وكذلك لو كان تحته اختان فأسلمن معه فان

تزوجهما فى عقدة واحدة بطل نكاحهما ولوكان تزوجهما فى عقدين جاز نكاح الاولى وبطل نكاح الثانية عندهما وقال محمد والشافعى رحمهما الله تعالى يختار أيتهما شاء ويفارق الأخرى واستدل بحديث غيلان بن سلمة أنه أسلم وتحته ثمان نسوة وأسلمن معه فقال صلى الله عليه وسلم اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن وقيس بن حارثة رضى الله عنه أسلم وتحته عشر نسوة وأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم ان يختار أربعاً منهن والضحاك بن فيروز الديلمى أسلم وتحته اختان فقال صلى الله عليه وسلم اختر أيتهما شئت والمعنى فيه ان هذه حرمة اعترضت فى بعض المنكوحات بعد صحة النكاح فتوجب التخيير دون التفريق كما لو طلق احدى نسائه لابعينها ثلاثا وبيان ذلك ان الانكحة وقعت صحيحة فى الاصل لان حرمة الجمع بخطاب الشرع وقد بينا ان حكم هذا الخطاب قاصر عنهم لاعتقادهم بخلاف ذلك مالم يسلموا ألا ترى أنه لوماتت واحدة منهن أو بانت ثم أسلم وليس عنده الا أربع منهن جاز نكاحهن سواء ماتت الأولى أو الاخيرة واذا ثبت ان الانكحة صحيحة كان العقد الواحد والعقود المتفرقة فيه سواء بمنزلة الحربى اذا كان تحته أربع نسوة فسبي وسبين معه فان العقد الواحد والعقود المتفرقة فيه سواء بالاتفاق وان اختلفنا فى التفريق أوالتخيير وفرق محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير بين أهل الحرب وأهل الذمة فقال لو كانت هذه العقود فيما بين أهل الذمة كان الجواب كما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى لان خطاب الشرع بحكم الشيوع في دار الاسلام يجعل ثابتاً فى حق أهل الذمة وان كنا لانتعرض لهم مالم يسلموا وقد بينا هذا من أصلهما والشافعى رحمه الله تعالى يسوي بين أهل الحرب وأهل الذمة فاما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين فالجمع بين الاختين نكاحا حرام بهذا النص وبنكاح الأولى ماحصل الجمع فوقع نكاحها صحيحاً بحكم الاسلام وبنكاح الثانية حصل الجمع فلم يكن نكاحها صحيحاً بحكم الاسلام وانما وجب الاعتراض بعد الاسلام بسبب الجمع اذ لاسبب هنا سوى الجمع فتعين الفساد فى نكاح من حصل الجمع بنكاحها وكان نكاحها فاسدا بحكم الاسلام دون من لم يحصل بنكاحها الجمع وكان نكاحها صحيحا بحكم الاسلام وان تزوجهما فى عقدة واحدة فالجمع حصل بهما ولم يكن ابطال نكاح أحداهما بأولى من الاخرى فبطل نكاحهما بمنزلة الحربية تحت رجلين اذا أسلمت وأسلما معها وكذلك فى نكاح الخمس الحرمة بسبب

الجمع بين ما زاد على الاربع فانما حصل ذلك بنكاح الخامسة فصرف الفساد اليها أولى وان كان تزوجهن في عقد واحد فالجمع حصل بهن جميعا وهذا بخلاف مالو ماتت احداهن أو بانت لان الاعتراض بسبب الجمع بعد الاسلام فلا بد من بقاء الجمع المحرم بعد الاسلام حتى يجب الاعتراض ولم يبق ذلك اذا ماتت احداهما أو بانت وهو نظير مالو تزوج رضيعتين فجاءت امرأة فأرضعتهما بانتا منه ولو أرضعت احداهما فماتت ثم أرضعت الاخرى لم يبطل نكاح الثانية لان الجمع انما يتحقق عند ارضاع الثانية فاذا كانت الاولى فى نكاحه تحقق الجمع بين الاختين وان ماتت أو بانت لم يتحقق الجمع بين الاختين وهذا بخلاف المسبيات فان نكاح الاربع هناك وقع صحيحا بحكم الاسلام على الاطلاق لانه حين تزوجهن كان حراً وللحر أن يتزوج أربع نسوة ثم وجب الاعتراض بسبب الرق الحادث فيه وعند حدوث الرق هن مجتمعات مستويات فلهذا استوى العقد الواحد والعقود المتفرقة بمنزلة الرضيعتين اذا ارضعتهما امرأة بانتا منه وأن تزوجهما في عقدين لان الاعتراض وجب بعد صحة النكاح بالاختية العارضة فيهما وهما مستويان فى ذلك بخلاف ما تقدم على ما بينا والاحاديث التى رويت فقد قال مكحول ان تلك كانت قبل نزول الفرائض معناه قبل نزول حرمة الجمع فوقعت الانكحة صحيحة مطلقا ثم أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باختيار الاربع لتجديد العقد عليهن أو لما كانت الانكحة صحيحة فى الاصل جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك مستثنى من تحريم الجمع ألا ترى أنه قال فى بعض الروايات وطلق سائرهن فهذا دليل على أنه لم يحكم بالفرقة بينه وبين ما زاد على الاربع وعلى هذا لو أسلم وتحته بنت وأم فاسلمتا معه فان كان تزوجهما في عقد واحد بطل نكاحهما ثم ان كان لم يدخل بهما فله أن يتزوج البنت دون الام وان كان دخل بهما لم يكن له أن يتزوج واحدة منهما لان الدخول بكل واحدة منهما يوجب حرمة الاخرى بالمصاهرة على التأبيد وان كان دخل بالام فليس له أن يتزوج واحدة منهما لان الام حرمت بعقد البنت والبنت حرمت بالدخول بالام وإن كان دخل بالبنت دون الام فله أن يتزوج البنت دون الام لان بمجرد العقد على الام لا يوجب حرمة البنت وان كان تزوجهما في عقدين فنكاح الاولى جائز ونكاح الثانية فاسد ان لم يدخل بهما وكذلك ان دخل بالاولى فان كان دخل بالثانية فان كانت الاولى بنتا فسد نكاحهما لان الام حرمت بالعقد على البنت

والبنت حرمت بالدخول بالام وان كانت الاولى امافنكاح البنت صحيح لان الدخول بالبنت يحرم الام والعقد على الام لايحرم البنت فاما على قول محمد رحمه الله تعالى سواء تزوجهما فى عقدة أو في عقدتين فنكاح البنت صحيح لان العقد على الام لايوجب حرمة البنت والعقد على البنت يوجب حرمة الام الاان يكون دخل بالام فحينئذ يفرق بينه وبينهما وهذا اذا كان دخوله بالام بعد ماتزوج بالبنت فان كان قبل أن يتزوج البنت فنكاح الام صحيح لان الدخول بها يحرم البنت فاذا لم يصح نكاح البنت لاتحرم الام بذلك الا أن يكون دخل بالبنت أيضاً فحينئذ تقع الفرقة بينه وبينهما بالمصاهرة وليس له أن يتزوج واحدة منهما ﴿ قال ﴾ وان أسلم الحربي وامرأته وقد كان نكاحهما بعد ان طلقها ثلاثاً قبل ان تنكح زوجا آخر فرق بينهما لان التطليقات الثلاث تقع فى دار الحرب كما فى دار الاسلام فانهم يعتقدون ذلك وهى سبب حرمة المحل الى وقت إصابة الزوج الثانى بمنزلة الحرمة بالقرابة والرضاع فكما ان ذلك يوجب التفريق بعد الاسلام فكذلك هنا وكذلك لو جامع أمها أو ابنتها أو قبل واحدة منهما بشهوة لان الحرمة بسبب المصاهرة نظير الحرمة بسبب الرضاع وذلك يتحقق فى دارالحرب كما يتحقق فى دار الاسلام فهذا مثله ﴿ قال ﴾ واذا أسلم أحد الزوجين فى دارالحرب ولم يكونا من أهل الكتاب أو كانا والمرأة هى التى أسلمت فانه يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض عندنا سواء دخل بها أو لم يدخل بها وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعد الدخول يتوقف على انقضاء العدة وعنده لايختلف هذا الحكم بدار الحرب ودار الاسلام ولكنه ينبني على تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده كما ذكرنا فاماعندنا نفس اسلام أحدهما غير موجب للفرقة ولا كفر من أصر منهما على الكفر ولا اختلاف الدين نفسه كما بينا فى دارالاسلام الاان فى دار الاسلام يمكن تقرير سبب الفرقة بعرض الاسلام على الآخر منهما حتى اذا أبى يصير مفوتاً الامساك بالمعروف وفى دار الحرب لايتأتى ذلك لان يد امام المسلمين لاتصل الى المصرّ منهما ليعرض عليه الاسلام ويحكم بالفرقة عند إبائه فيقام ثلاث حيضات مقام ثلاث عرضات فى تقرر سبب الفرقة لانه صار غير مريد لها حين لم يساعدها على الاسلام وبعد ماصار غير مريد لها تقع الفرقة بانقضاء ثلاث حيض كما لو طلقها الا أن هناك اذا كان الطلاق قبل الدخول يمكن اثبات الفرقة بنفسه لمباشرة الزوج سبب الفرقة

وهنا

وهنا لا يمكن أثبات الفرقة قبل الدخول بدون انقضاء ثلاث حيض لان الزوج ماباشر شيئاً بل بل هو مستديم لما كان عليه فلهذا يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض في الوجهين جميعاً واذا وقعت الفرقة بذلك فان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول والمرأة حربية فكذلك الجواب لان حكم الشرع لا يثبت في حقها فان كانت المرأة هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي وأصل المسئلة في المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة أو ذمية لم تلزمها العدة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الا أن تكون حاملا فحينئذ لا تتزوج حتى تضع حملها وان كانت حاملا فلها أن تتزوج في الحال وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تلزمها العدة وحجتهما في ذلك حديث نسيبة أنها لما هاجرت أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد والمعنى فيه أن هذه حرة فارقت زوجها بعد الاصابة فتلزمها العدة كالمطلقة في دارنا وهذا لان وجوب العدة عليها لحق الشرع كيلا يجتمع ماء رجلين في رحمها وهي مسلمة مخاطبة بحق الشرع وهذا بخلاف المسبية فانها ليست بحرة وتأثيره أنها حلت للسابي ومن ضرورة الحكم بحلها للسابي الحكم بفراغ رحمها من ماء الزوج بخلاف ما نحن فيه ولا يقال لماذا يجب الاستبراء على السابي لأنا نقول كما يجب الاستبراء على السابي اذا كانت ثيباً أو منكوحة فكذلك اذا كانت بكراً أولم تكن منكوحة فكذا هذا مع ان هذا دليلنا لان بالاستبراء هناك يحصل المقصود فلا حاجة الى ايجاب العدة عليها بخلاف المهاجرة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا آتيتموهن أجورهن فالله تعالى اباح نكاح المهاجرة مطلقاً فتقييد ذلك بما بعد انقضاء العدة يكون زيادة وقال الله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وفي ايجاب العدة تمسك بعصمة الكافرة والمعنى فيه ان هذه الفرقة وقعت بتباين الدارين فلا توجب العدة عليها وكالمسبية هذا لان تباين الدارين حقيقة وحكماً مناف للنكاح فيكون منافيا لأثر النكاح فلا تجب العدة لحق الشرع مع وجود المنافي ولا لحق الزوج لانه حربي غير محترم وهو نظير من اشترى امرأته لا تجب العدة لحقه لان الحل الثابت بالملك حقه ولا تجب لحق الشرع لوجود المنافي فاما اذا كانت حاملا فلا نقول تجب العدة عليها ولكنها لا تتزوج مالم تضع حملها لان في بطنها ولد ثابت النسب من الغير وذلك مانع من النكاح كام الولد اذا حبلت من مولاها ليس له ان يزوجها

حتى تضع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها اذا تزوجت صح النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع لانه لا حرمة لماء الحربي كماء الزاني فهو بمنزلة ماء الزاني والحبل من الزنا لا يمنع النكاح عندنا ولكن الاول أصح لان الحبل من الزنا لا نسب له وهنا النسب ثابت من الحربي وباعتبار ثبوت النسب المحل مشغول فلهذا لا يصح النكاح مالم يفرغ المحل عن حق الغير ويستوى في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج أحدهما مسلماً أو ذمياً أو خرج مستأمناً ثم أسلم أو صار ذمياً لانه صار من أهل دارنا حقيقة وحكماً في الفصلين وان كان الخارج هو الزوج فله ان يتزوج أربعاً سواها أو أختها ان كانت في دار الاسلام لانه لا عدة على التي بقيت في دار الحرب عندهم جميعاً فكان هذا بمنزلة الفرقة قبل الدخول واذا أسلمت المرأة ثم خرج الزوج مستأمناً فهما على النكاح مالم تحض ثلاث حيض لان المستأمن وان كان في دارنا صورة فهو من أهل دار الحرب حكما فكأنه باق في دار الحرب حتى اذا أسلم الزوج قبل ان تحيض فهما على النكاح وان صار الزوج من أهل الذمة قبل ان تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح أيضا حتى اذا خرجت المرأة فهي امرأته حتى يعرض السلطان عليه الاسلام بمنزلة مالو كان الزوج في الاصل ذميا وكذلك لو كان الزوج هو الذى أسلم في دار الحرب ثم خرجت اليناذمية قبل أن تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح حتى يعرض السلطان عليها الاسلام فأما اذا خرجا مستأمنين ثم أسلمت المرأة ففي رواية هذا الكتاب يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض لان الزوج من أهل دار الحرب فهو بمنزلة ما لو كان في دار الحرب وفي رواية كتاب الطلاق يقول ان عرض السلطان الاسلام على الزوج فأبى أن يسلم فرق بينهما وان لم يعرض حتى مضى ثلاث حيض تقع الفرقة أيضاً ففي حق الذمي يتعين عرض الاسلام وفي حق الحربي في دار الحرب يتعين انقضاء ثلاث حيض وفي حق المستأمن أى الامرين يوجد تقع به الفرقة لان المستأمن من وجه يشبه الذمي لانه تحت يد الامام يتمكن من عرض الاسلام عليه ومن وجه يشبه الحربي لانه متمكن من الرجوع الى دار الحرب فيوفر حظه على الشبهين فلشبهه بالذمي اذا وجد عرض الاسلام عليه تقع به الفرقة ولشبهه بالحربي اذا وجد انقضاء ثلاث حيض أولا تقع به الفرقة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الهبة في النكاح

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه النكاح بلفظة الهبة والصدقة والتمليك صحح في قول علمائنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لايصح الا بلفظة النكاح والتزويج واستدل بقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الآية فقد جعل النكاح بلفظة الهبة خالصا للرسول صلوات الله عليه دون غيره من المؤمنين وقال صلى الله عليه وسلم أوصيكم بالنساء خيراً فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله التى أمرنا بالاستحلال بها الا نكاح والتزويج وفى قوله اتخذتموهن بأمانة الله اشارة الا ان هذا العقد غير معقود لمقصود اثبات الملك ولهذا انعقد بلفظة الانكاح والتزويج وهما لايدلان على الملك الا ترى انه لاينعقد بهما شئ من عقود التمليكات ولكن المقصود بالنكاح مالا يحصى من مصالح الدين والدنيا وألفاظ التمليك لاتدل على شئ من ذلك فلا ينعقد بها هذا العقد وهو معنى قولهم هذا عقد خاص فلا ينعقد بغيره الا ترى ان الشهادة لما شرعت بلفظ خاص لمعنى وهو انها موجبة بنفسها كما أشار الله تعالى اليه فى قوله شهد الله انه لااله الا هو لم يقم لفظ آخر مقام هذا اللفظ حتى لو قال الشاهد احلف لايصح أداء الشهادة به والدليل عليه ان التزويج هو التعليق والنكاح هو الضم وليس فيهما مايدل على الملك وليس فى التمليك معنى التلفيق والضم فلا ينعقد هذا اللفظ بالفاظ التمليك وكيف ينعقد النكاح بهذا اللفظ والفرقة تقع به اذا قال لامرأته وهبت نفسك منك كان بمنزلة لفظ الطلاق مع ان النكاح لايصح الا بشهود وعند ذكر لفظ الهبة الشهود لايعرفون انهما أرادا النكاح وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم الآية معناه ان أراد النبي ان يستنكحها فوهبت نفسها منه فقد جعل الله تعالى الهبة جوابا للاستنكاح والاستنكاح طلب النكاح وأما قوله خالصة لك فقد قيل المراد به المرأة يعنى انها خالصة لك فلا تحل لاحد بعدك حتى يكون شريكك في الفراش من حيث الزمان كما قال الله تعالى في آية أخرى وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً والأصح ان المراد هبة خالصة لان قوله ان وهبت يقتضى هبة والكناية تنصرف الى الثابت بمقتضى الكلام فيكون المعنى هبة خالصة لايلزمك مهر لها وهذا لك دون المؤمنين. ألا ترى أنه قال

قدعلمنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم يعنى من الابتغاء بالمال والدليل عليه أنه قابل الموهوبة نفسها بالمؤتى مهرها بقوله انا أحللنا لك أزواجك الآية وكذلك قال فى آخر الآية لكي لايكون عليك حرج وهو نص على أن الخصوصية لدفع الحرج عنه وذلك ليس في اللفظ اذ لاحرج عليه فى ذكر لفظ النكاح انما الحرج في ابقاء المهر مع ان المذكور لفظة الهبة فى جانب المرأة لا فى جانب رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا ان المراد الخصوصية بجواز نكاحه بغير مهر وإمامنافي المسئلة على رضوان الله عليه فان رجلا وهب ابنته لعبيد الله بن الحر بشهادة شاهدين فأجاز ذلك على رضى الله تعالى عنه والمعنى فيه ان هذا ملك يستباح به الوطء فينعقد بلفظ الهبة والتمليك كملك اليمين وهذا كلام على سبيل الاستدلال لاعلى سبيل المقايسة لان صلاحية اللفظ كناية عن غيره وليس بحكم شرعى ليعرف بالقياس بل طريق معرفة ذلك النظر في كلام أهل اللغة وهذه اشارة الى مذهبهم فى الاستعارة لانهم يستعيرون اللفظ لغيره لاتصال بينهما من حيث السببية كما قال الله تعالى انى أرانى أعصر خمراً أى عنباً بالعصر يصير خمراً ويسمى المطر سماء لانه ينزل من السماء وما يكون من علو فالعرب تسميه سماء وكذلك النبات يسمى سماء لانه ينبت بسبب المطر فانهم يقولون ما زلنا نطأ السماء حتى أتيناكم واذا ثبت هذا فنقول هذه الالفاظ سبب لملك الرقبة وملك الرقبة فى محل ملك المتعة موجب لملك المتعة فللاتصال بينهما سبباً يصلح هذا اللفظ كناية عن ملك المتعة والمقصود من النكاح ملك المتعة دون ما سواه من المقاصد ألا ترى أنه يختص به الزوج حتي يجب البدل عليه وسائر المقاصد يحصل لهما وان ملك الطلاق الرافع لهذا الملك يختص به الزوج فعرفنا أن المقصود هو الملك دون ما توهمه الخصم وانما انعقد بلفظ النكاح والتزويج لانهما لفظان جعلا علماً لهذا العقد بالنص واعتبار المعنى في غير المنصوص عليه فأما فى المنصوص لايعتبر المعنى مع أنهما لفظان لايجاب ملك ما ليس بمال فلهذا لا تأثيرلهما فى اثبات ملك المال ومتى صار اللفظ كناية عن غيره سقط اعتبار حقيقته وقام مقام اللفظ الذى جعل كناية عنه والشرط سماع الشاهدين اللفظ الذى ينعقد به النكاح فأما وقوفهما على مقصود المتعاقدين ليس بشرط مع أنه اذا قال وهبت ابنتي منك بصداق كذا فالشهود يعلمون أنه أراد النكاح وكما أن الفرقة تحصل بلفظ الهبة تحصل بلفظ الزوجية اذا قال لامرأته تزوجي ونوى به الطلاق يقع ولم يدل ذلك على أنه لاينعقد به

النكاح فأما لفظ البيع فالصحيح أنه ينعقد به النكاح واليه أشار فى كتاب الحدود قال اذا زنى بامرأة ثم قال تزوجتها أو اشتريتها وهذا للفقه الذى بينا أن البيع يوجب ملكا هو سبب لملك المتعة فى محله وكان أبو بكر الاعمش رحمه الله تعالى يقول لاينعقد النكاح بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال بمال والمملوك بالنكاح ليس بمال فأما لفظة الاجارة لاينعقد بها النكاح لانها غير موجبة ملكا يستفاد به ملك المتعة فانها توجب ملك المنفعة وبملك المنفعة لايستفاد ملك المتعة ويحكى عن الكرخى رحمه الله تعالى أنه كان يقول ينعقد به لان المستوفى بالنكاح منفعة فى الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض فى النكاح أجراً بقوله عزوجل فآتوهن أجورهن وذلك دليل على أنه بمنزلة الاجارة ولكن هذا فاسد فان الاجارة شرعا لا تنعقد الا مؤقتا والنكاح لا ينعقد الا مؤبداً فبينهما مغايرة على سبيل المنافاة فأما لفظ الوصية لاينعقد به النكاح لانه لايوجب الملك بنفسه بل موجبه الخلافة مضافة الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح مضافا الى مابعد الموت لا يصح أيضاً فان قيل الهبة أيضاً لاتوجب الملك مالم ينضم اليه القبض قلنا الهبة لاتوجب اضافة الملك ولكن لضعف فى السبب لتعريه عن العوض يتأخر الملك الى أن يتقوى بالقبض وينعدم ذلك الضعف اذا استعمل فى النكاح لان العوض يجب به بنفسه ولهذا جاز استعماله فى حق الصغيرة والكبيرة فلهذا كان موجبا ملك النكاح بنفسه مع ان المملوك بالنكاح بنفس العقد يصير كالمقبوض ولهذا لوماتت عقيب العقد تعذر البدل فكان هذا بمنزلة هبة عين فى يد الموهوب له فيوجب الملك بنفسه فأما لفظ الاحلال والتمتع لايوجب ملكا أصلا فأن من أحل لغيره طعاما أو أذن له ان يتمتع به لايملكه وانما يتلفه على ملك المبيح فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ فى موضع النكاح لايثبت به الملك واما الاعارة فكذلك فانه لايوجب ملكا يستفاد به ملك المتعة والاقراض في معنى الاعارة مع ان الاقراض فى محل ملك المتعة لايصح لان محل ملك المتعة الآدمى والاستقراض فى الحيوان لايجوز فلهذا لاينعقد النكاح بهذه الالفاظ بخلاف لفظة الهبة والصدقة ولكن باعتبار هذه الالفاظ تنعقد الشبهة فيسقط به الحد ويجب الاقل من المسمي ومن مهر المثل عند الدخول ﴿ قال ﴾ ولو قال أتزوجك بكذا فقالت قد فعلت فهو بمنزلة قولها قد تزوجتك لانها أخرجت الكلام مخرج الجواب لخطابه فيصير ماتقدم من الخطاب كالمعاد فيه ولا

يحتاج الى ان يقول الزوج قبلت بخلاف البيع على مابيناه فيما سبق وذكر في النوادرانه اذا قال جئتك خاطباً فقالت قد فعلت أو زوجتك نفسي كان نكاحا تاما وفي الكتاب يقول اذا قال خطبتك الى نفسك بكذا فقالت زوجتك نفسي فهو نكاح جائز اذا كان بمحضر من الشهود لان هذا كلام الناس وليس بقياس معناه انه بلفظ الخطبة لاينعقد النكاح في القياس لان الخطبة غير العقد ولكنه استحسن فقال المراد به في عادة الناس العقد فلاجل الفرق الظاهر جعلنا ذلك بمنزلة النكاح استحسانا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب المهور

﴿ قال ﴾ وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز ولها مهر مثلها من نسائها لاوكس ولا شطط ان دخل بها أو مات عنها وهذا مذهبنا ان مهر المثل يجب للمفوضة بنفس العقد وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى وفي القول الآخر لايجب المهر بنفس العقد وانما يجب بالتراضي أو بقضاء القاضي حتي اذامات أحدهما قبل الدخول فلا مهر لها عنده ومشايخهم رحمهم الله تعالى مختلفون فيما اذا دخل بها وأكثرهم على انه يجب المهر بالدخول ومنهم من يقول لايجب بالدخول أيضاً واحتج بحديث عمر وعلي وابن عمر وزيد رضي الله عنهم أنهم قالوا حسبها الميراث ولا مهر لها والمعنى فيه أنها جادت بحقها وهي من أهل الجود فيصح منها كما لو وهبت شيئاً من مالها وهذا لان المستوفي بالنكاح اما أن يكون في حكم المنفعة كما هو مذهبي أو في حكم العين كما هو مذهبكم فان كان في حكم العين فبدله بمنزلة أرش الطرف يخلص حقاً لها ويسقط باسقاطها وان كان بمنزلة المنفعة فبدل المنفعة لها والدليل عليه انها يملك الابراء عن المهر والشراء به شيئاً وبهذا الطريق قال بعضهم انه وان دخل بها لا يجب المهر لانها كما رضيت بثبوت الملك عليها بغير عوض فقد رضيت بالاستيفاء من غير عوض وأكثرهم على أن فيما يجب بالاستيفاء معنى حق الشرع ألا ترى أن ما يجب بالاستيفاء من العقوبة وهو حد الزنا يكون خالص حق الشرع فكذلك المال الذى يجب عند الاستيفاء لا يسقط برضاها بالاستيفاء بغير عوض والى هذا أشار الله تعالي في قوله فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ولان المعاوضة في النكاح بين الزوجين حتي لا ينعقد النكاح الا بذكرهما فأما المهر ليس بعوض أصلي ولكنه زائد وجب لها

بازاء احتباسها عنده بمنزلة النفقة ومثل هذا يحتمل التعجيل والتأجيل ولكن النكاح كما
لا ينعقد الا موجبا لهذا الملك عليها لا ينعقد الا بشرط التعويض فتارة يتعجل العوض
بالتسمية وتارة يتأخر الى التأكد بالدخول أو الفرض بالتراضي أو بالقضاء ألا ترى أن ملك
اليمين تارة يثبت بعوض واجب بنفس العقد وتارة بشرط التعويض وان لم يكن واجباً بنفس
السبب والدليل عليه أن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول وما كان واجباً بنفس
العقد يتنصف كالمسمى وحجتنا فى ذلك ماروى أن سائلا سأل ابن مسعود رضى الله تعالى
عنه عن هذا فجعل يردده شهراً ثم قال أقول فيه بنفسي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان
يك خطأ فمن ابن أم عبد . وفى رواية فمنى ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان أرى لها
مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان أو معقل بن يسار
وأبو الجراح صاحب الاشجعين رضوان الله عليهم فقال نشهد ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى فى امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضيتك هذه فسر ابن
مسعود رضي الله تعالى عنه بذلك سروراً لم يسر قط مثله بعد اسلامه لما وافق قضاؤه قضاء
رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى روى أن عليا رضي الله تعالى عنه رد هذا الحديث
وقال ماذا نصنع بقول اعرابى بوال على عقبيه انما رده لمذهب تفرد به وهو أنه كان يحلف
الراوى ولم ير هذا الرجل حتى يحلفه ولسنا نأخذ بذلك والمعنى فيه ان
النكاح عقد معاوضة بالمهر فاذا انعقد صحيحاً كان موجباً للعوض كالبيع وكما لو زوج الاب
ابنته بغير مهر وبيان الوصف قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم يعنى تبتغوا ملك النكاح على
النساء بالمال وحرف الباء يصحب الاعواض فدل أن العوض الاصلى هو المهر والدليل عليه
أنه يثبت لها حق المطالبة بالفرض والفرض عبارة عن التقدير والمطالبة بالتقدير تنبنى على
وجوب الاصل ففى كل موضع لم يجب الاصل بالعقد لا تثبت المطالبة بالتقدير كما فى ملك
اليمين بطريق الهبة فعرفنا أن أصل الوجوب بالعقد شرعا واليه أشار الله تعالى فى قوله قد
علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم أضاف الى نفسه وبين خصوصية النبى صلى الله عليه وسلم
بالنكاح بغير مهر فذلك دليل على انه فى غيره لا ينعقد الا موجبا للمهر واليه أشار أبو سعيد
الخدرى رضى الله تعالى عنه بقوله لا نكاح الا بمهر وشهود الا ما كان لرسول الله صلى الله
عليه وسلم والدليل عليه انها تحبس نفسها لاستيفاء المهر ولا تحبس المبدل الا ببدل واجب

وان بعد الدخول بها يجب ولا وجه لانكاره لانه منصوص عليه في القرآن والدخول تصرف في الملك فاذا ثبت الملك بغير عوض لايجب العوض بالتصرف فيه بعد ذلك ولا معنى لما يقول ان الملك يثبت بشرط التعويض لان هذا العقد لاينعقد الا بمعاوضة المال اظهاراً لخطر هذا الملك وهنا اظهار الخطر انما يظهر اذا وجب البدل بنفس الملك فكما ان الملك لايحتمل التأخر عن حالة العقد فكذلك وجوب البدل الا في حق من قصر عنه حكم هذا الخطاب وهم أهل الذمة كما بينا والطلاق قبل الدخول مسقط لانه رفع للعقد من الاصل فيكون مسقطا للعوض وسقوط العوض عند وجود المسقط لايكون دليلا على أنه لم يكن واجبا بالعقد وتنصف المسمي بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس وكان المعنى فيه أن المسمى تأكد بالتسمية والعقد جميعا فلتأكده لايسقط كله لا بالطلاق ولا بالموت والنفقة ضعيفة من كل وجه لانها لاتجب بالتسمية ولا بنفس العقد وتسقط بالطلاق والموت جميعا ومهر المثل ضعيف من كل وجه لانه غير مسمى في العقد وقوي من وجه لانه واجب بنفس العقد فلقوته من وجه لايسقط بالموت ولضعفه من وجه يسقط كله بالطلاق قبل الدخول اذا عرفنا هذا فنقول نساؤها اللاتى يعتبر مهرها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات عماتها عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى أمها وقوم أمها كالخالات ونحو ذلك لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء ولكنا نقول قيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ألا ترى أن الام قد تكون أمة والبنت تكون قرشية تبعاً لأبيها فلهذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهرها بمهر أمها الا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها لا لانها أمها بل لانها بنت عم أبيها وانما يعتبر من عشيرتها امرأة هي مثلها في الحسن والجمال والسن والمال والبكارة لان المهور تختلف باختلاف هذه الاوصاف قال صلى الله عليه وسلم تنكح المرأة لمالها وجمالها الحديث وكذلك يعتبر أن تكون تلك المرأة من بلدتها ولا يعتبر مهرها بمهر عشيرتها في بلدة أخرى لان المهور تختلف باختلاف البلدان عادة وفي الحاصل مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته قال فان فرض لها الزوج بعد العقد مهراً فرضيت به أو رافعته الى القاضي ففرض لها مهراً فهو سواء ولها ذلك ان دخل بها أو مات عنها وان طلقها قبل أن يدخل

بها

بها فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول لها نصف المهر المفروض بعد العقد وهذا والمسمي في العقد سواء ثم رجع فقال لها المتعة وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان الفرض بعد العقد يقدر بمهر المثل وقد بينا ان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولان تنصف المسمى فى العقد بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس والمفروض بعد العقد ليس فى معناه لأنه وان استند حكمه الى وقت العقد لا يصير كالمسمى فى العقد وعلى هذا لو تزوجها على مهر مسمي ثم زادها فى المهر بعد العقد ففي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول تتنصف الزيادة والأصل بالطلاق لان الزيادة بعد العقد مثل المسمى فى العقد قال الله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة أى من فريضة بعد الفريضة وفي قوله الآخر لا يتنصف بالطلاق الا المسمى فى العقد خاصة لقوله تعالى فنصف مافرضتم أى سميتم فى العقد فاما الزيادة بعد العقد تسقط كلها بالطلاق وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى

﴿ قال ﴾ واذا اختلف الزوجان فى المهر فقال الزوج ألف وقالت المرأة ألفان ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج الا ان يأتي بشيء مستنكر جداً وجه قولهما انهما اختلفا فى بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة كما لو اختلفا فى بدل الخلع والعتق بمال ولا معنى للمصير الى تحكيم مهر المثل لان وجود مهر المثل عند عدم التسمية وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى وذلك مانع وجوب مهر المثل ولا معنى للتحالف بينهما لان التحالف لفسخ العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ والدليل عليه انه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف مايقوله الزوج ولا يصار الى تحكيم المتعة فكذا فى حال قيام العقد لان المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه الا بتسمية صحيحة فعند الاختلاف فى المسمى يجب المصير الى الموجب الأصلى كالصباغ ورب الثوب اذا اختلفا فى الاجر فانه يصار الى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى وهذا بخلاف القصار ورب الثوب اذا اختلفا فى الاجر لانه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فانه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسلم فيشبه البيع من هذا الوجه فاذا وقع الاختلاف في البدل يجب التحالف

بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال وأما اذا طلقها قبل الدخول يصار الى تحكيم المتعة على ما نص عليه في الجامع ووضع المسئلة فيما اذا كان الاختلاف بينهما في المائة والمائتين فأما في كتاب النكاح فانه وضع المسئلة فيما اذا كان الاختلاف في الالف والالفين والمتعة لا تزيد على خمسمائة فلهذا قال لها نصف ما يقوله الزوج على أنه يجوز أن يصار الى مهر المثل قبل الطلاق ولا يصار الى المتعة بعد الطلاق كما اذا تزوجها على ألف وكرامة يكون لها نصف الالف بعد الطلاق ويكون لها كمال مهر المثل قبل الطلاق اذا لم يف بما شرط لها من الكرامة وفي معنى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الا أن يأتى بشئ مستنكر جداً قولان لمشايخنا أحدهما أن يدعى ما دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر أقل من عشرة دراهم والاصح أن مراده أن يدعى شيئاً قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع أيضاً فيما اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة فالقول قول المشتري الا أن يأتى بشئ مستنكر جداً وليس في الثمن تقدير شرعا وأما بيان قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فقد كان الكرخي يقول يتحالفان في الابتداء ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك وكان أبو بكر الرازى رحمه الله تعالى يقول يحكم مهر المثل أولا فان كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر يشهد لها وان كان ألف درهم أو أقل فالقول قول الزوج مع يمينه لان الظاهر يشهد للزوج وان كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة فحينئذ يتحالفان ثم يقضى لها بمقدار مهر مثلها لان المصير الى التحالف اذا لم يمكن ترجيح قول أحدهما على الآخر بشهادة الظاهر له وذلك في هذا الموضع والأصح ماذكره الكرخي رحمه الله تعالى لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وذلك انما يكون بعد التحالف فان مايدعى كل واحد منهما من المسمى ينتفي بيمين صاحبه فيبقى نكاحا بلا تسمية فيكون موجبه مهر المثل فعرفنا أنه لابد من المصير الى التحالف في الابتداء وأصل النكاح وان كان لا يحتمل الفسخ بالتحالف فالتسمية تحتمل الانتفاء فاذا تحالفا نظر الى مهر مثلها فان كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وان كان ألفا أو أقل فلها الالف لاقرار الزوج به وان كان ألفا وخمسمائة فلها مهر المثل وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة وجب قبول بينته لانه نور دعواه بالحجة فان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وكذلك لو مات أحدهما قبل أن يتفقا ثم وقع الاختلاف

بين الحي وورثة الميت فهو وورثة الميت على ماذكرنا لان الوارث يقوم مقام المورث فأما اذا ماتا معا فهنا فصلان (أحدهما) أن يتفق الورثة انه لم يكن فى العقد تسمية (والثاني) أن يختلف الورثة فى المسمى أما فى الاول فانه يقضى لورثتها فى تركة الزوج بمهر المثل فى القياس وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان مهر المثل وجب بنفس العقد كالمسمى فكما لايسقط المسمى بعد موتهما فكذلك مهر المثل ألاترى ان بعد موت أحدهما لايسقط مهر المثل وورثة الميت يقومون مقامه فى ذلك فكذلك بعد موتهما واستحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال لا يقضى بشئ واستدل فى الكتاب فقال أرأيت لوادعي ورثة على رضى الله عنه على ورثة عثمان رضى الله عنه مهر أم كلثوم اكنت تقضى فيه بشئ وهذا اشارة الى انه انما يفوت هذا بعد تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضى الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا الطريق اذا لم يكن العهد متقادما يقضى بمهر مثلها والطريق الآخران المستحق بالنكاح ثلاثة أشياء المسمى وهو الاقوى والنفقة وهي الاضعف ومهر المثل وهو متوسط على ماقررنا فالمسمى لقوته لايسقط بموتهما وموت أحدهما والنفقة لضعفها تسقط بموتهما وبموت أحدهما ومهر المثل يتردد بين ذلك فيسقط بموتهما ولا يسقط بموت أحدهما لان ماتردد بين أصلين يوفر حظه عليهما ألاترى أن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا ان مهر المثل هل يسقط بموت أحدهما فيكون ذلك اتفاقا منهم على أنه يسقط بموتهما فاما اذا وقع الاختلاف فى مقدار المسمى بعد موتهما فعلى قول محمد رحمه الله تعالى يصار الى تحكيم مهر المثل لان من أصله ان مهر المثل لا يسقط بموتهما فيكون هذا كالاختلاف الواقع بين الزوجين وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج الا أن يأتوا بشي مستنكر جداً كما لو وقع الاختلاف فى حياتهما وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج أيضاً لان مهر المثل عنده لايبقى بعد موتهما فلا يمكن المصير الى التحالف وتحكيم مهر المثل فيبقى ظاهر الدعوى والانكار فيكون القول قول ورثة الزوج الا أن يقوم لورثة المرأة بينة على ماادعوا من المسمي فحينئذ يقضي بذلك ويستوى فى هذا كله ان دخل بها أولم يدخل بها لان ماقبل الدخول انما يفارق مابعد الدخول عند الطلاق أما عند الموت لافرق لان النكاح ينتهي بالموت ﴿ قال ﴾ واذا تزوجها على بيت وخادم فلها من ذلك خادم وسط

وبيت وسط والكلام هنا في فصول أحدها أن تسمية الخادم فى النكاح صحيح عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لايصح وكذلك لو تزوجها على عبد مطلق أو على أمة فلها عبد وسط أو أمة وسط فان اتاها بالعين أجبرت على القبول وان أتاها بالقيمة أجبرت على القبول وعند الشافعي رحمه الله تعالى لاتصح التسمية لان النكاح عقد معاوضة فيكون قياس البيع والعبد المطلق لايستحق بعقد البيع عوضا فكذلك بالنكاح وهذا أصل للشافعى رحمه الله تعالى ان كل مالا يصح مسمى عوضاً فى البيع لايستحق فى النكاح لان المقصود بالمسمى مهرا المالية وبمجرد ذكر الجنس بدون بيان الوصف لا تصير المالية معلومة فلا يصح التزامه بعقد المعاوضة لبقاء الجهالة والغرر فيه . ألا ترى أنه لو سمى ثوبا أو دابة أو داراً لم تصح التسمية فكذلك اذا سمى عبداً وحجتنا في ذلك أن المهر انما يستحق عوضاً عما ليس بمال والحيوان يثبت ديناً فى الذمة مطلقاً فى مبادلة ماليس بمال . ألا ترى أن الشرع أوجب فى الدية مائة من الابل وأوجب فى الجنين غرة عبداً أوأمة فاذا جاز أن يثبت الحيوان مطلقا دينا فى الذمة عوضا عما ليس بمال شرعا فكذلك يثبت شرطاً وهذا لان في معنى المالية هذا مال ملتزم ابتداء والجهالة المستدركة في التزام المال ابتداء لا تمنع صحته كما في الاقرار فان من أقر لانسان بعبد صح اقراره الا أن هناك لا ينصرف الى الوسط عند محمد رحمه الله تعالى لان المقر به عينه ليس بعوض وهنا عين المهر عوض وان كان باعتبار صفة المالية هذا التزام مبتدأ فلكونه عوضاً صرفناه عند اطلاق التسمية الى الوسط ليعتدل النظر من الجانبين كما أوجب الشرع في الزكوات الوسط نظراً الى الفقراء وأرباب الاموال وبكونه ما لايلتزم ابتداء لا تمنع جهالة الصفة صحة الالتزام ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين وللاعتبار بما أوجبه الشرع من الدية فان ذلك يتردد بين الابل والدراهم والدنانير ومن أصحابنا رحمهم الله تعالي من يقول لولم تصح التسمية احتجنا الى ايجاب مهر المثل لان بفساد التسمية لا يبطل النكاح كما لا يبطل بترك التسمية وكل جهالة فى المسمى اذا كانت دون جهالة مهر المثل فذلك لا يمنع صحة التسمية لان بعض الجهالة يرتفع بهذه التسمية وكل جهالة هى مثل جهالة مهر المثل أوفوق جهالة مهر المثل تمنع صحة التسمية لانه لا يحصل به شئ من الاعلام فجهالة العبد المسمى جهالة الصفة دون الجنس فأما جهالة مهر المثل جهالة جنس فصححنا فيه التسمية ليحصل بها التحرز

عن بعض الجهالة فأما جهالة الثوب فوق جهالة مهر المثل لان اسم الثوب يتناول أجناساً مختلفة من القطن والكتان والابريسم وغير ذلك وكذلك جهالة الدابة لانها تتناول أجناساً مختلفة وكذلك جهالة الدار لانها تختلف باختلاف البلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فكانت تلك الجهالة فوق جهالة مهر المثل فلهذا لم تصح التسمية ووجب المصير الى مهر المثل وبه فارق البيع فانا لولم نصحح التسمية مع جهالة الوصف هناك لا نحتاج الى ايجاب جهالة أخري لانه يفسد البيع ويعود اليه عوضه وهو معلوم فاما اذا سمي في المهر بيتاً فالمراد منه متاع البيت عادة دون البيت المسمى وهذا معروف بالعراق يتزوج على بيت أو بيتين فيريدون متاع البيت مما تجهز به تلك المرأة وينصرف الى الوسط من ذلك لاعتبار معنى المعاوضة على ماقلنا ثم قال أبو حنيفة رضي الله عنه قيمة البيت أربعون درهماً وقيمة الخادم أربعون ديناراً وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو على قدر الغلاء والرخص وليس هذا باختلاف فى الحقيقة ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قصر فتواه على ماشاهده في زمانه وهما زادا على ذلك وبينا الفتوى في الاوقات والامكنة كلها والأمر على ماقالا فان القيم تختلف باختلاف الغلاء والرخص ﴿قال﴾ والوسط من الخادم السندي وهذا لان أرفع الخدم الاتراك وأدنى الخدم الهنود فالسندي هو الوسط فيما بين ذلك ولكنه في بلادنا قلما يوجد السندى فالوسط أدنى الاتراك واعلى الهنود ﴿قال﴾ وان كان تزوجها على وصيف أبيض فلها خمسون ديناراً في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا أيضاً بناء على ماشاهد فى زمانه من التفاوت بين قيمة الوسط والجيد وذلك يختلف باختلاف الغلاء والرخص ولكن فى زمانه كان هذا التفاوت بقدر عشرة دنانير فلهذا قدره به وان اعطاها وصيفاً أبيض لايساوى ذلك فهو جائز لانه وفى لها بماشرط واعتبار القيمة عند اختياره اداء القيمة فاما اذا اختار اداء العين فلا معتبر بالقيمة ﴿قال﴾ وان كانا من أهل البادية وقد تزوجها على بيت فلها بيت من شعر من بيوت أهل البادية وان تزوجها على خادم فلها خادم وسط مما يعرف هناك لان المعتبر في التسمية العرف ألا ترى أنه لو اشترى بدراهم مطلقاً ينصرف الى نقد البلد للعرف فهنا في كل موضع يعتبر العرف أيضاً والمتعارف من تسمية البيت مطلقا فيما بين أهل البادية البيت من الشعر وفيما بين أهل الامصار متاع البيت فصرفنا التسمية الي ذلك فى كل موضع ﴿قال﴾ وان تزوجها على شئ بعينه ولم تره فليس لها فى ذلك خيار الرؤية لان عدم الرؤية

لما لم يمنع ثبوت صفة اللزوم فيما هو المقصود بهذا العقد وهى المنكوحة فكذلك فى عوضه وكان المعنى فيه ان الفائدة فى اثبات خيار الرؤية أن يتمكن به من إعادة العوض الذى خرج منه اليه وهذا فى البيع يحصل لانه ينفسخ بالرد وفى النكاح لايحصل لانه لاينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولكن تجب القيمة والقيمة غير مرئية كالعين فعرفنا أنه لا يستدرك بالرد فائدة وكذلك لاترد الصداق بالعيب الا أن يكون فاحشا عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى كل عيب يرد به فى البيع يرد به فى الصداق وهو بناء على أصل بيننا وبينه ان عنده بالرد بالعيب تبطل التسمية فيجب مهر المثل وعندنا لاتبطل التسمية ولكن تجب قيمة المسمى فان كان العيب يسيراً لاتستدرك بالرد فائدة اذلا فرق بين عين الشئ وبه عيب يسير وبين قيمته واذا كان العيب فاحشاً فتستدرك بالرد فائدة لانها ترجع بقيمته صحيحاً وهذا هو حد الفرق بين اليسير والفاحش ان كل عيب ينقص من المالية مقدار مالا يدخل تحت تقويم المقومين فى الاسواق فهو عيب فاحش واذا كان ينقص بقدر مايدخل بين تقويم المقومين فهو عيب يسير وحجته لاثبات أصله ان الصداق مال مملوك بعقد معاوضة وهو مما ينفصل عن أصل العقد فتبطل التسمية بالرد كالبيع ولكن بطلان التسمية فى النكاح لايبطل النكاح كانعدام التسمية فى الابتداء ولكنا نقول السبب الموجب للمسمى هو العقد فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم العين كما التزم فتجب قيمته كالمغصوب اذا أبق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق قبل التسليم عندنا لاتبطل التسمية ولكن يجب على الزوج مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال وعند الشافعى رحمه الله تعالى تبطل التسمية كما يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض فيكون لها مهر مثلها وبعض أصحابه يقول لاتبطل التسمية بالهلاك عندنا ولكن تجب قيمة المسمى لتعذر تسليم العين فأما الرد بالعيب لايكون الا لرفع تلك التسمية فتبطل به التسمية وعلى هذا لو استحق المسمى بعينه لاتبطل التسمية لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا وبالاستحقاق لاتنعدم المالية ولكن يتعذر التسليم فيكون بمنزلة الهلاك فى انه يجب قيمته على الزوج ﴿ قال ﴾ وان كان الزوج أجر الصداق فالاجر له لان الصداق فى يده مضمون بنفسه كالمغصوب والغاصب اذا أجر المغصوب فالاجر له ولكن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث فكذلك الزوج وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه

الله تعالى الاجر لها بناء على أصله ان المنافع عنده مال والاجر بدل ماهو مال لها فيكون بمنزلة العقر وأرش الطرف وعندنا المنافع ليست بمال متقوم وانما تتقوم بالعقد والعاقد هو الزوج فكان الاجر له لانه بعقده صير ماليس بمتقوم من ملك الغير متقوما فهو كمن صنع كوزاً من تراب غيره وباعه يكون الثمن له ﴿ قال ﴾ فان ولدت أو اكتسبت مالا قبل التسليم فذلك كله للمرأة معها والحاصل أن الزيادة فى الصداق قبل القبض نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة كالسمن في الجارية وانجلاء البياض عن العين والزيادة المنفصلة اما متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وإما غير متولدة من العين كالكسب والغلة وذلك كله يسلم للمرأة اذا دخل بها الزوج أو مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة وأما اذا طلقها قبل الدخول بها فالزيادة المتولدة منفصلة كانت أومتصلة تتنصف بالطلاق مع الاصل لانها في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض فاما الكسب والغلة لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل يسلم الكل لها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأما فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تتنصف مع الاصل وكذلك لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى يبطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يدور الكسب مع الاصل وكذلك المبيع قبل القبض اذا اكتسب كسبا ثم انفسخ البيع بهلاك المبيع قبل القبض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يسلم الكسب للمشترى وعندهما هو للبائع وحجتهما فى ذلك ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون قياس الولد فكما لا يسلم ذلك لها بعد ما بطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل بحكم انفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الأصل متولدة كانت أو غير متولدة فبعد ما انفسخ سبب الملك لها في الاصل لا يبقى سبباً لملك الزيادة لها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول السبب الذى به ملكت الكسب لم ينفسخ فيبقى ملك الكسب لها كما قبل الطلاق وبيان ذلك أن سبب ملك الكسب إما قبول العبد الهبة أو اجارته نفسه او اكتسابه من حيث الاحتطاب والاحتشاش وشئ من هذه الاسباب لا ينفسخ بالطلاق وتأثيره أن الاكتساب يوجب الملك للمكتسب ولكن اذا لم يكن

المكتسب من أهل الملك فمن يخلفه وهو مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب ثم ببطلان ملكه فى الاصل بعد ذلك لا يتبين أنه لم يخلفه فى الملك بذلك السبب وليس الكسب بمنزلة الزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الأصل يسرى اليه ملك الأصل الا ان يكون مملوكا بسبب حادث ألا ترى ان ولد المكاتبة يكون مكاتباً وكسبها لا يكون مكاتباً وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعاً يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسب المبيع لا يكون مبيعا فلا يقابله شىء من الثمن وان قبض مع الأصل فظهر الفرق بينهما وكذلك لو قبضت المرأة الأصل مع لزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها يتنصف الأصل والزيادة لان حكم التنصف عند الطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة حادثة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت الزيادة فى يدها ثم طلقها قبل الدخول فان كانت الزيادة غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالماً لها وان لزمها رد الاصل أو بعضه كالمبيع اذا اكتسب فى يد المشترى ثم رد الاصل بالعيب يبقى الكسب سالماً له وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق فى ضمانها فمنفعته تسلم لها والكسب بدل المنفعة فاما اذا كانت الزيادة متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار يمنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها ولكن للزوج عليها نصف قيمة الاصل أوجميع قيمته يوم دفع اليها وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يتنصف الاصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها لايتأكد ملكها مالم يدخل بها بل توهم عود النصف الى الزوج بالطلاق أو الكل اذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسرى ذلك الحق الى الزيادة بمنزلة المشتراة شراء فاسداً اذا قبضها المشترى وازدادت زيادة منفصلة فان البائع يستردها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى قال فى الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الاصل وعند ردتها يسترد منها الاصل مع الزيادة لان الردة تفسخ السبب مع الاصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد بسبب فساد البيع وهناك حكم الرد يثبت فى الاصل والزيادة فاما الطلاق حل العقد وليس بفسخ له من الاصل فلا يثبت حق الزوج فى الزيادة التى لم تكن فى ملكه ولا في يده ويتعذر

تنصف الزيادة يتعذر تنصف الاصل ووجه ظاهر الرواية انها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها بالقبض فالزيادة حدثت على ملك تام لها وحكم التنصف عند الطلاق انما يثبت فى المفروض فى العقد والزيادة ما كانت مسماة في العقد لاحقيقة ولا حكما اذا لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهى جزء من العين فيتعذر تنصفها يتعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة فى المبيع تمنع رد الاصل بالعيب اذا كان حادثا بعد القبض وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة فى الموهوب فانه لايمنع الواهب من الرجوع فى الاصل لان الهبة عقد تبرع فاذا رجع في الاصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز ان تسلم الزيادة له أيضاً بغير عوض فاما البيع والنكاح معاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا حكم الرد فى الاصل بقيت الزيادة سالمة بغير عوض وهو جزء من الاصل فلا يجوز أن يسلم الملك بغير عوض بعد رفع عقد المعاوضة بينهما فاذا تعذر تنصيف الاصل وجب عليها نصف القيمة للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر السبب الموجب له وانما دخل الصداق في ضمانها بالقبض فلهذا كان المعتبر القيمة وقت القبض فأما اذا كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل أن يدخل بها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى هذا والزيادة المنفصلة سواء وللزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضت وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يتنصف الاصل بزيادته وحجتهما في ذلك أن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها فى عقود المعاوضات كما فى البيع لو اشترى جارية بعبد وقبض الجارية فازدادت زيادة متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشترى بعيب يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لان الزيادة المتصلة بمنزلة زيادة الشعر ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة الشعر فكذلك فى الصداق وهذا بخلاف الموهوبة فان الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لان الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق فى العين حتي تسرى الى الزيادة واذا تعذر الرجوع فى الزيادة تعذر فى الاصل لان الاصل لا ينفصل عن الزيادة فأما قبضها الصداق قبض ضمان وثبوت الضمان لحق الزوج فبه يتبين بقاء حق الزوج في الاصل فيسرى الى الزيادة كما في البيع وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح تام لها

فيكون سالمًا لها بكل حال كالزيادة المنفصلة واذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الاصل لما قال محمد رحمه الله تعالى والدليل عليه أن الصداق فى حكم الصلة من وجه لانها تملكه لا عوضاً عن مال يستحق عليها والزيادة المتصلة فى الصلات تمنع رد الاصل كالموهوب وتأثير الزيادة المتصلة في الصلات أكثر من تأثير الزيادة المنفصلة حتى أن الزيادة المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الاصل فالمتصلة أولى فأما البيع فالصحيح أن عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة هناك تمنع فسخ العقد من الاصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى كالزيادة المنفصلة ولو كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها الزوج قبل الدخول يتنصف الاصل مع الزيادة لان بالطلاق صار رد نصف الاصل مستحقاً عليها فيسرى ذلك الى الزيادة كالمشترى شراء فاسداً يرد بزيادته المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق فأما حكم النقصان فان تعيب الصداق فى يد الزوج بعيب يسير فلا خيار للمرأة لان العيب اليسير لو كان موجوداً وقت العقد لم يثبت لها الخيار بسببه فكذا اذا حدث بعد العقد قبل القبض وعن زفر رحمه الله تعالى انه يثبت لها الخيار أيضا لانه تغير عليها شرط العقد فانها استحقت الصداق بصفة السلامة وبالتعيب قد تغير ولكن هذا ينبني على قوله في العيب الموجود وقت العقد ان يثبت لها الخيار أيضا اذ لا فرق بينهما فاما اذا حدث بالصداق عيب فاحش فى يد الزوج فهو على خمسة أوجه (أحدها) ان يكون العيب بآفة سماوية فيثبت لها الخيار ان شاءت رجعت بقيمة الصداق يوم تزوجها على الزوج وان شاءت أخذت المعيب ولا شئ لها من ضمان النقصان لان الزوج عجز عن تسليم الصداق سليما كما أوجبه العقد فيثبت لها الخيار واذا أرادت رجعت بالقيمة لانه تعذر تسليم العين مع بقاء السبب الموجب له فان اختارت الأخذ فلا شئ لها من ضمان النقصان على الزوج لان الصداق مضمون عليه بالعقد والاوصاف لا تكون مضمونة بالعقد وعن زفر رحمه الله تعالى ان لها ان تضمن الزوج النقصان لان الصداق مضمون في يد الزوج بنفسه كالمغصوب اذا تعيب فى يد الغاصب كان للمغصوب منه ان يضمنه النقصان مع استرداد العين ولكنا نقول المغصوب مضمون بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض (والثانى) ان يكون التعيب بفعل

الزوج فيكون لها الخيار للتغير وان اختارت الأخذ ضمنت الزوج النقصان وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه ليس لها حق تضمين النقصان لانه مضمون على الزوج بالعقد فكان بمنزلة المبيع والبائع اذا عيب المبيع قبل القبض لا يلزمه ضمان النقصان للمشترى فهذا مثله ووجه ظاهر الرواية ان الزوج أتلف جزءً من الصداق ولو اتلف الكل ضمن قيمة الكل فكذلك اذا أتلف جزء منه وبه فارق البيع فان البائع هناك لو أتلف الكل لم يضمنه فكذا اذا أتلف الجزء ثم المعنى فيه ان المبيع مضمون بالثمن وفيما هو مضمون به فصلنا بين العيب بفعل البائع وبآفة سماوية حتى أنه اذا تعيب بفعل البائع سقطت حصته من الثمن عن المشترى بخلاف ما اذا تعيب بآفة سماوية فهنا أيضاً يفصل بينهما فيما اذا كان الصداق مضمونا به وهو القيمة وهذا لان الاتلاف من الزوج يتحقق في الاوصاف كما يتحقق في الاصل بخلاف ما اذا تعيب بغير فعله فان الضمان هناك بالعقد والعقد لا يتناول الاوصاف مقصوداً (الثالث) ان يكون التعيب بفعل الصداق بنفسه فنى ظاهر الرواية هذا كالعيب بآفة سماوية لان فعله بنفسه هدر وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان هذا بمنزلة تعييب الزوج لانه مضمون عليه وفعل المضمون كفعل الضامن فى استحقاق موجبه عليه كما في المغصوب (الرابع) ان حصل التعيب بفعل الاجنبى يجب عليه ضمان النقصان ويكون ضمان النقصان بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير فاذا اختارت الاخذ رجعت على الجانى بضمان النقصان وان اختارت تضمين الزوج القيمة رجع الزوج على الجاني بضمان النقصان ولو أرادت أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لم يكن لها ذلك لانعدام الصنع من الزوج فى التعيب (الخامس) ان يكون التعيب بفعل المرأة فتصير به قابضة للصداق لانها أتلفت جزءً منه فتكون قابضة لذلك الجزء بالاتلاف ولما وراء ذلك بالتخلي ولا خيار لها في ذلك والذى بينا في هذه الفصول فيما اذا دخل بها الزوج أو مات عنها فأما اذا لم يدخل بها فهى في حق النصف اذا طلقها قبل الدخول كما فى الكل اذا طلقها بعد الدخول فأما اذا تعيب فى يد المرأة بعد ما قبضت الصداق فهو على خمسة أوجه أيضاً أما اذا تعيب بآفة سماوية ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها فهو بالخيار ان شاء ضمنها نصف قيمته يوم قبضت لتعذر رد النصف كما قبضت وان شاء أخذ النصف ناقصا وليس عليها من ضمان النقصان شئ لان الصداق كان مملوكا لها ملكا تاما فتعيبه فى يدها

لايلزمها شيئاً من ضمان النقصان وكذلك لو كان التعيب بفعل الصداق بنفسه فهو كالتعيب بآفة سماوية لان فعله بنفسه هدر وكذلك لو كان التعيب بفعل المرأة لان فعلها صادف ملكا صحيحاً لها فلايكون موجباً ضمان النقصان عليها بخلاف فعل الزوج قبل القبض فانه صادف ملكها فيصلح أن يكون موجباً للضمان عليه فأما اذا كان التعيب في يدها بفعل أجنبي فان الاجنبي ضامن للنقصان وذلك بمنزلة الزيادة المنفصلة المتولدة لانه بدل جزء من عينها فيمنع تنصف الاصل بالطلاق وانما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان كان التعيب بفعل الزوج لان الزوج بمنزلة الاجنبي في جنايته على الصداق بعد التسليم اليها فكان فعله كفعل أجنبي آخر في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصف الصداق بالطلاق وان كان التعيب في يدها بعد الطلاق كان للزوج أن يأخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة بمنزلة المقبوض بحكم شراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان اذا تعيب بآفة سماوية أو بفعله بنفسه أو بفعلها لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان التعيب بفعل الاجنبي فالارش بمنزلة الزيادة المنفصلة وقد بينا حكمه ووقع في المختصر ان التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء وهو غلط بل الصحيح من الجواب في كل فصل ما ذكرنا ﴿ قال ﴾ وان كان المهر جارية فلم تقبضها المرأة حتى وطئها الزوج فولدت فادعى ولدها لم يصدق على ذلك لانها مملوكة للمرأة والاستيلاد في ملكها غير صحيح الا ان الحد سقط عن الزوج لان الصداق مضمون عليه بالعقد بمنزلة المبيع في يد البائع فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد واذا سقط الحد لزمه العقر فكان العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدل عن ذلك فاذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فتكون الجارية بينهما ولا تصير ام ولد للزوج لان حق أمومية الولد يثبت لها باعتبار ثبوت نسب الولد ونسب الولد غير ثابت هنا فكذلك لا يثبت لها حق أمومية الولد ولكن نصف الولد يعتق على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه باعتبار الجزئية ويسعى للمرأة في نصف القيمة لان نصيبها احتبس عند الولد ولا يصير الزوج ضامنا لانه ماصنع في الولد شيئا انما صنعه في الطلاق وذلك ليس بمباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما

لملكه ولكنها ترجع عليه بنصف العقر لان العقر تنصف بينهما فان قتلت الخادم أوماتت عند المرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله ما لاقى ملك الزوج فانه حين قتلها كانت الخادم ملكا للمرأة فلهذا لم يكن للزوج أن يضمن القاتل شيئاً ﴿ قال ﴾ وان كانت ازدادت فى يدها زيادة متصلة فهلكت ثم طلقها قبل الدخول فانه يرجع عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان استهلكت لانها اتلفت ملك نفسها فلا يلزمها بالاتلاف شئ ولكنها بالقبض تصير ضامنة للزوج نصف قيمتها حين قبضت ﴿ قال ﴾ ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فهلكت فى يدها ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الاصل لان المانع من تنصيف الاصل هو الزيادة فحين مات ولم يخلف بدلا صار كان لم يكن فيتنصف الاصل الا أنه ان كانت الزيادة ولداً وقد نقصتها الولادة ثبت للزوج الخيار للنقصان الحادث فى يدها فى الصداق وان لم يتمكن نقصان بسبب الولادة فلا خيار له الا أن تكون المرأة هى التى استهلكت الولد فحينئذ يكون له الخيار بمنزلة الجارية المبيعة اذا ولدت فأتلف المشترى ولدها ثم أراد رد الاصل بالعيب ولو كانت الولادة في يد الزوج فهلك الولد لم يضمن الزوج شيئاً لان الولد حدث بغير صنعه وهلك بغير صنعه بمنزلة ولد المغصوبة ولكن أن تمكن نقصان بسبب الولادة يثبت لها الخيار لاجل النقصان وان كان الزوج هو الذى أتلف الاصل والزيادة ضمن قيمتها للمرأة لان الزيادة امانة فى يده فيضمنها بالاتلاف كالمغصوبة وان طلقها قبل الدخول ضمن لها نصف الاصل والزيادة ﴿ قال ﴾ وان كانت الجارية قائمة عند الزوج فاعتقها الزوج لم يجز عتقه لانه أعتق مالا يملك وكذلك لو طلقها قبل الدخول لم ينفذ ذلك العتق لانه سبق ملكه ولو كانت المرأة هى التي أعتقتها نفذ عتقها في الكل لمصادفته ملكها ثم اذا طلقها الزوج ضمنها نصف قيمتها يوم أعتقتها لانها بالاعتاق تصير قابضة متلفة ﴿ قال ﴾ وان كانت المرأة قبضت الصداق وهو جارية ثم طلقها قبل ان يدخل بها ثم أعتقها الزوج لم ينفذ عتقه فى شئ منها وعند زفر رحمه الله تعالى ينفذ عتقه في نصفها لان من أصله ان حكم التنصيف يثبت بنفس الطلاق ويعود نصفها الى ملك الزوج كما لو كان قبل القبض فينفذ عتقه فى نصيبه ولكنا نقول سبب ملكها فى النصف يفسد بالطلاق حتى يستحق عليها رد النصف ولكن لا يبطل ملكها فى شيء الا بالرد بقضاء أو رضاء

لان فساد السبب فى الابتداء لايمنع ثبوت الملك بالقبض فلأن لايمنع بقاء الملك أولى فاذا لم يعد شئ من العين الى الزوج لاينفذ عتقه ﴿ قال ﴾ ولو قضى القاضى له بنصفها بعد ذلك لاينفذ ذلك العتق السابق لانه سبق ملكه بمنزلة المشتراة شراء فاسداً وقد قبضها المشترى وأعتقها البائع ثم ردت عليه لم ينفذ العتق وان كان أعتقها بعد ماقضى له القاضى بنصفها أو ردت المرأة عليه النصف بالتراضى نفذ عتقه فيكون حكمه كحكم جارية بين رجلين أعتقها أحدهما ولو كانت هى التى أعتقت الجارية بعد الطلاق نفذ عتقها فى الكل وكذلك إن باعت أو وهبت لان الملك فى الكل باق لها قبل قضاء القاضى واذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد تقرر السبب الموجب له فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بالشبهة حتي غرم الواطىء عقرها فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل وكحكم الارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفي بالوطء فى حكم العين دون المنفعة ﴿ قال ﴾ ولا شفعة فى الدار التى تتزوج عليها المرأة وهو مذهب الشافعى رحمه الله تعالى أيضاً لان الشفعة فى الدار لو وجبت انما تجب للجار وهو لا يوجب الشفعة للجار أصلا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى تجب الشفعة ﴿ قال ﴾ ولو تزوجها على شقص من دار لم تجب فيه الشفعة عندنا وعند ابن أبى ليلى والشافعي رحمهما الله تعالى تجب لان النصف ملك بعقد معاوضة فكان كالمملوك بالشراء فتجب فيه الشفعة بقيمة العوض والعوض هو البضع وقيمته مهر المثل وهو كمن اشترى داراً بعبد يأخذها الشفيع بقيمة العبد وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال بمطلق والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة وهذا لان الشفيع انما يتملك بمثل السبب الذي به تملك المشترى فان الشرع قدم الشفيع على المشترى فى أثبات حق الاخذ له بذلك السبب لافي إنشاء سبب آخر ولهذا لا تجب الشفعة فى الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً آخر غير السبب الذي تملك به المتملك فكذلك هنا المرأة انما ملكت الدار بالنكاح صداقا فلو أخذها الشفيع كان شراء فكان سبباً آخر بخلاف ما اذا اشتراها بعبد فان الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لان الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق ﴿قال﴾ واذا تزوجها على دار على أن ترد المرأة عليه ألف درهم لم يجب للشفيع الشفعة فى شئ من الدار فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقسم الدار على الالف

وعلى مهر مثلها فما يخص الالف تجب الشفعة فيه للشفيع لان العقد فيما يخص الالف شراء وفيما يخص البضع نكاح . ألا ترى أنه يثبت فيه حكم الشراء من الرد بالعيب اليسير والفاحش وغيره من أحكام البيع وكذلك حكم الصرف يثبت فيه لو تزوجها على مائة دينار على أن ترد عليه ألف درهم يجب التقابض فى حصة الصرف ويجوز أن تستحق الشفعة فى بعض ماتتناوله الصفقة دون البعض كما لو اشترى داراً وعبداً صفقة واحدة فانه تجب الشفعة فى الدار دون العبد ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان البيع هنا تبع للنكاح لان البيع لم يكن مقصوداً بهذه الصفقة وانما كان المقصود النكاح . ألا ترى أنه تتوقف حصة البيع على قبول المرأة اذا حصل العقد من فضولى والشراء مقصودا لايتوقف وكذلك ينعقد بلفظة الرد ولايحتاج فيه الى القبول حتى اذا قال زوجيني نفسك على هذه الدار على أن تردى على ألفا فقالت فعلت يتم بدون قبول الزوج وانها لو قبلت حصة النكاح دون البيع صح ولو قبلت حصة البيع دون النكاح لم يصح واذا ثبت أن الشراء تبع للنكاح فنقول اذا لم تجب الشفعة باعتبار الأصل لاتجب باعتبار التبع كالعرصة الموقوفة اذا كان عليها بناء لم تجب الشفعة فى ذلك البناء وهذا لان المقصود بالاخذ بالشفعة دفع ضرر الجار الحادث ولا يحصل هذا المقصود اذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل بخلاف الرد بالعيب فانه يثبت باعتبار البيع لان العيب فى الاصل فوات وصف هو تبع وكذلك حكم الصرف يثبت فيما هو تبع كالصفائح من الذهب فى الدار المشتراة بالفضة يثبت فيها حكم الصرف ﴿قال﴾ ولو تزوج امرأة على كذا من الابل أو البقر أو الغنم فلها العدد المسمى من الوسط من ذلك الجنس وان أتى بقيمة ذلك أجبرت على القبول بمنزلة مالو تزوجها على عبد وقد بيناه ﴿قال﴾ والاثواب الهروية وغيرها من أجناس الثياب كذلك وهذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها ان يتزوجها على ثوب هروى بعينه فلها ذلك الثوب ان كان هروياً وان لم يكن هرويا وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لها قيمة ثوب هروى وسط وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لها الخيار ان شاءت أخذت الثوب بعينه وان شاءت طالبت الزوج بقيمة ثوب هروي وسط لان العقد أضيف الى عين ذلك الثوب ولكنها وجدته على خلاف شرطها فلها الخيار كما لو وجدته معيباً ولكنا نقول المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى دون المشار اليه وهو أصل معروف نقرره فى موضعه ان شاء الله

تعالى ولو تزوجها على ثوب هروي بغير عينه ولم يبين الصفة فان أتاها بالثوب أجبرت على القبول وان أتاها بالقيمة أجبرت أيضاً بمنزلة العبد المطلق لان الثوب الذي هو غير موصوف لاتثبت عينه فى الذمة ثبوتا صحيحا وانما صحت هذه التسمية باعتبار المالية والثوب فى ذلك وقيمته سواء وان بين صفة هذا الثوب فعلى قول زفر رحمه الله تعالى تجبر على قبول القيمة اذا أتاها بها وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان ذكر الاجل مع ذلك لم تجبر على قبول القيمة وان لم يذكر الاجل أجبرت عليه لان الثياب لاتثبت فى الذمة ثبوتا صحيحاً الا مؤجلا الا ترى انه لايجوز استقراضها ويجوز السلم فيها لان القرض لايكون الا حالاً والسلم لايكون الا مؤجلا فعند ذكر الاجل يثبت الثوب ديناً ثبوتا صحيحاً فلا تجبر على قبول القيمة وعند عدم ذكر الاجل لايثبت ثبوتا صحيحاً وزفر رحمه الله تعالى يقول الثوب يثبت فى الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لان بالمبالغة فى ذكر وصفه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الاجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب ديناً فى الذمة فيستوى فى هذا ان ذكر الاجل أو لم يذكر ولكنا نقول لو باع عبداً بثياب موصوفة فى الذمة لايجوز الا مؤجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لاتثبت دينا ثبوتا صحيحا الا مؤجلا ﴿ قال ﴾ فان تزوجها على مكيل أو موزون فان سمى جنسه وصفته ومقداره لم تجبر على قبول القيمة اذا أتاها بها لان المكيل والموزون يثبت فى الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا حالاً كان أو مؤجلا بدليل جواز استقراضها والسلم فيها فان لم يذكر الصفة ففى ظاهر الرواية اذا أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لانها بتسمية الجنس بدون الصفة لاتثبت فى الذمة ثبوتا صحيحاً وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها لاتجبر على قبول القيمة لان التسمية متى صحت بذكر الجنس تعين الوسط من ذلك الجنس كما فى العبد والثوب الهروى فما تعين من الوصف شرعا يكون كالمذكور نصا فلا تجبر على قبول القيمة ﴿قال﴾ فان تزوجها على دراهم أوشئ من العروض لاتبلغ قيمته عشرة دراهم فانه يكمل لها عشرة دراهم عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لها ما سمى والاصل عنده أن كل ما يصلح ثمناً فى البيع يصلح صداقا فى النكاح وعندنا أدنى المهر عشرة دراهم من الفضة أو مما تكون الفضة فيه غالبة على الغش واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم المهر جائز قليله وكثيره وفى رواية المهر ما تراضى عليه الاهلون وفى رواية من استحل بدرهم فقد استحل وروي أن امرأة

عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ير فيها رغبة فقال مالى حاجة الى النساء فقالت زوجنى ممن شئت فقام رجل فقال زوجها منى فقال ماذا تصدقها فقال ازارى هذه فقال اذاً قعدت ولا ازار لك التمس ولو بفلس التمس ولو خاتما من حديد فقال لا أجد فقال هل تحسن شيئاً من القرآن فقال نعم سورة كذا فقال زوجتكها بما عندك من القرآن فهذه الآثار تدل على أن المهر لا يتقدر بشئ وكذلك فى الكتاب الشرط هو المال المطلق قال الله تعالى ان تبتغوا بأموالكم فتقييد ذلك المال بالعشرة يكون زيادة على النص وحجتنا فى ذلك حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا لا يزوج النساء الا الأولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفي حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاقطع في أقل من عشرة دراهم ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفى الكتاب قال بلغنا ذلك عن على وابن عمر وعائشة وعامر وابراهيم رضوان الله عليهم أجمعين والمعنى فيه أنه بدل فى عقد لم يجعل ايجاب أصله الى المتعاقدين فيكون مقدراً شرعا كالدية وبيان ذلك أن النكاح لا ينعقد صحيحاً الا موجباً للعوض اما في الحال أو فى الثانى على ما بينا وانما كان اشتراط العوض فيه شرعا لاظهار خطر البضع ولا يحصل هذا المقصود بأصل المالية فاسم المال يتناول الخطير والحقير وانما يحصل اظهار الخطر بمال مقدر واليه أشار الله تعالى في قوله قدعلمنا ما فرضنا عليهم فى أزاجهم والبضع من وجه فى حكم النفوس حتى لا يسقط حكم الفعل فيه بالبدل ولان الوطء سبب لاعلاق النفس واذا كان بغير ملك يضيع لانعدام من ينفق عليه فكان الخطر هنا فى معنى الخطر فى النفوس والمال الذي هو بدل عن النفوس مقدر شرعا وهو الدية وهذا لان كل مال أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة وغيرها فكذا الصداق مما أوجبه الشرع فيكون مقدراً شرعا واليه أشار الله تعالى في قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم الآية معناه ما قدرنا فان الفرض عبارة عن التقدير وعلى هذا نصاب السرقة يدخله التقدير بالاتفاق لانه يستباح به ما لايستباح بالبدل فكذلك الصداق وتأويل الآثار المروية فيما يعجله لها باليد ألا ترى أنه أمر ذلك الرجل بالالتماس والصداق يمكن اثباته فى الذمة فعرفنا أن المراد ما يعجله لها باليد وذلك غير مقدر شرعا عندنا واذا ثبت هذا فنقول اذا تزوجها على خمسة دراهم فلها عشرة دراهم استحسانا في قول علمائنا الثلاثة ان دخل بها أو مات

عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها خمسة وفي القياس لها مهر مثلها ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وهو قول زفر رحمه الله تعالى وجه القياس انه سمى مالا يصلح أن يكون صداقا لها شرعا فيكون بمنزلة مالو سمى لها خمراً أو خنزيراً وللاستحسان وجهان (أحدهما) أن العشرة في كونها صداقا لاتتجزى وذكر بعض مالا يتجزى كذكر كله كما لو تزوج نصفها صح النكاح في الكل جميعا (والثاني) أن الامهار الى تمام العشرة حق الشرع وما زاد على ذلك حقها فاذا رضيت بالخمسة فقد أسقطت ماهو حقها وبعض ماهو حق الشرع فيعمل اسقاطها فيما هو حقها وهو الزيادة على العشرة ولا يعمل فى حق الشرع وعلى هذا لو تزوجها على ثوب يساوى خمسة فلها الثوب وخمسة دراهم وان طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وانما تعتبر قيمة الثوب يوم تزوجها عليه وكذلك ان سمى لها مكيلاً أو موزونا لان تقدير المهر واعتباره عند العقد . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفى المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لايثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلهذا يعتبر قيمته وقت القبض ﴿قال﴾ واذا تزوجها على غير مهر مسمى ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة لقوله تعالى ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء الى قوله ومتعوهن وأدنى المتعة درع وخمار وملحفة هكذا روى عن ابن عباس وعائشة رضى الله تعالى عنهما أن المتعة ثلاثة أثواب لان المرأة تصلى في ثلاثة أثواب وتخرج في ثلاثة أثواب عادة فيكون ذلك متعة لها تذكرة من الزوج اذا فارقها قبل أن يدخل بها وعند الشافعى رحمه الله تعالى المتعة شيء نفيس من ثوب أو خادم أو فرس أو نحو ذلك الا أن يكون مهر مثلها أقل من قيمة المتعة فحينئذ يكون لها نصف مهر مثلها لاينقص من خمسة دراهم عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لها المتعة ولا معتبر بمهر المثل لانه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك ولكنا نقول النكاح الذى فيه تسمية فى حكم الصداق أقوى ممالا تسمية فيه فاذا كان فى العقد الذي فيه التسمية لايجب لها بالطلاق أكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذلك في النكاح الذى لاتسمية فيه وقد كان الواجب قبل الطلاق مهر المثل فلا تزاد المتعة على نصف مهر المثل وان كانا سواء فالواجب هو المتعة لانها فريضة فى كتاب الله تعالى فعند المساواة تترجح المتعة ﴿قال﴾ ولو تزوجها على ما فى بطن جاريته أو على ما في

بطن أغنامه لم تصح التسمية لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا ومافى البطن ليس بمال متقوم وهذا بخلاف الخلع فانه لو خالعها على ما فى بطن جاريتها صحت التسمية لان مافى البطن بعرض أن يصير مالا بالانفصال واحد العوضين فى الخلع يحتمل الاضافة وهو الطلاق فالعوض الآخر كذلك يحتمل الاضافة فاذا سمي مافى البطن فكأنه اضاف التسمية الى مابعد الانفصال وفى النكاح أحد العوضين لايحتمل الاضافة فالعوض الآخر كذلك والمسمى فى الحال ليس بمال فكان لها مهر مثلها وكذلك لو تزوجها على ماتحمل نخله أو تخرج أرضه العام أو على ما يكتسب غلامه لان المسمى معدوم وتأثير العدم أبلغ من تأثير الجهالة فاذا كان لايصح تسمية مجهول الجنس كالثوب والدابة فتسمية المعدوم أولى ان لاتصح ﴿ قال ﴾ ولو تزوجها على عبد بعينه فوجدته حراً فلها مهر مثلها فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول وفى قوله الآخر قيمة ذلك الشخص أن لو كان عبداً وكذلك لو تزوجها على هذه الشاة المذبوحة فاذا هي ميتة أو تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها مثل ذلك الدن من خل وسط أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول سمى لها فى العقد مالا وهو العبد والذكية والخل فصحت التسمية ثم تعذر تسليم المسمى بما ظهر فتجب القيمة فيما ليس من ذوات الامثال والمثل فيما هو من ذوات الامثال كما لو تعذر تسليم المسمى بالهلاك فى يد الزوج وهذا لانه حين ظهر حراً فقد استحق نفسه فيجعل كاستحقاق الغير اياه ولو تزوجها على عبد فاستحق كان لها قيمته فكذلك اذا استحق نفسه بالحرية وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا الأصل ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا فان كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار اليه وان كان من غير جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى الا ترى انه لو اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج كان البيع باطلا لان المشار اليه من غير جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى والمسمى معدوم وبيع المعدوم باطل ولو اشترى فصا على انه ياقوت أحمر فاذا هو ياقوت أصفر جاز البيع لان المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه لان الاشارة أبلغ فى التعريف لانها تقطع الشركة من كل وجه اذا عرفنا هذا فنقول الحر والعبد جنس واحد فان الآدمي باعتبار الأصل حر ثم يعترض الرق فيه والاعتاق اتلاف لذلك الرق العارض

فلا يوجب تبديل الجنس واختلاف الجنس اماباختلاف الاصل أو الهيئة أو المقصود وذلك لايوجد بين الاحرار والعبيد فاذا اتحد الجنس تعلق العقد بالمشار اليه وهو الحر دون المسمي والمشار اليه ليس بمال فلا يصح تسميته بخلاف عبد الغير فانه مال متقوم وان كان لايقدر على تسليمه وعلى هذه الذكية والميتة فان الجنس واحد فيتعلق العقد بالمشار اليه فاما محمد رحمه الله تعالى فى الخمر والخل قال هما جنسان مختلفان لان المقصود منهما يختلف وكذلك الخل قط لايصير في مثل حال الخمر والخمر اسم لعين حرام والخل اسم لمطعوم حلال فكانا جنسين فيتعلق العقد بالمسمى والمسمي هو الخل فلهذا كان لها مثل ذلك الدن من الخل وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الخل والخمر جنس واحد فان الاصل واحد والهيئة واحدة وهذه أوصاف تعترض على العين فلا توجب تبديل الجنس كالصغر والكبر فى الآدمى فان الحلاوة فى العصير بمنزلة الحلاوة التي تكون فى الصغر ثم الشدة فى الخمر بمنزلة الحدة والقوةالتي تكون فى الشباب ثم الحموضة في الخل بمنزلة حال الشيخوخة فكما ان بتبدل الاحوال لايختلف جنس الآدمى فكذلك بتبدل الاحوال فى العصيرفاذا كان الجنس واحدا تعلق العقد بالمشار اليه والمشار اليه ليس بمال فلهذا كان لها مثلها ﴿قال﴾ فان تزوجها على أمة فولدت عنده ثم مات ولدها فليس على الزوج فى الولد ضمان لأنه لم يصنع فى الولد شيئاً ولا يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيراً كما لو تعيبت فى يد الزوج بعيب يسير سوى نقصان الولادة وان كان النقصان فاحشا فلها الخيار ان شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئاً من النقصان وان شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوى وقد كان الولد جابراً لذلك النقصان فأما اذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام مايجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها فى العيب السماوى بهذه الصفة وان كان الزوج قتل الولد ضمن لها قيمته لانه كان أمانة فى يده فيضمنه بالاتلاف فان كان في قيمته وفاء نقصان الولادة لم يضمن نقصان الولادة لان قيمة الولد قائمة مقام الولد فيكون جابراً للنقصان وانلم يكن فيها وفاء فعليه تمام ذلك به أجاب في الكتاب وهو غلط فقد بين في الابتداء أن الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذلك لايضمن مازاد على قيمة الولد من قدر النقصان ولكنه اذا كان يسيراً فلا خيار لها وان كان فاحشاً فلها الخيار كما بينا ﴿قال﴾ واذا أخذت المرأة

رهنا بصداقها وقيمته مثل الصداق فهلك عندها فهو كما فيه لان دين الصداق يستوفي كسائر الديون والرهن يثبت يد الاستيفاء ويتم الاستيفاء به عند هلاك الرهن قال صلي الله عليه وسلم الرهن بما فيه فصارت عند هلاك الرهن مستوفية لصداقها بمنزلة مالو استوفت حقيقة فان طلقها قبل أن يدخل بها ضمنها نصف الصداق كما لو كانت استوفت حقيقة وان كان هلاك الرهن بعد الطلاق فلا ضمان عليها في ذلك لأن بالطلاق قبل الدخول سقط نصف الصداق من غير عوض غرمه الزوج ولو سقط الكل بابرائها خرج الرهن من أن يكون مضمونا في الكل فكذلك اذا سقط النصف فانما يبقى ضمان الرهن بما بقي وعند هلاكه انما صارت مستوفية لما بقي فلهذا لا تغرم له شيئاً بخلاف الاول فان عند هلاك الرهن كان جميع الصداق واجباً هناك فصارت مستوفية للكل فلهذا لزمها رد النصف بعد الطلاق ﴿قال﴾ ولو لم يكن في النكاح تسمية ورهن عندها بمهر المثل رهنا صح الرهن لان مهر المثل كالمسمى في كونه ديناً واجب الاستيفاء فان هلك الرهن وفي قيمته وفاء بمهر المثل صارت مستوفية وان طلقها قبل أن يدخل بها فعليها أن ترد ما زاد على قدر المتعة لان قدر المتعة هنا كنصف المسمي هناك فعليها أن ترد ما زاد على ذلك وان طلقها قبل الدخول بها والرهن قائم فليس لها أن تحبس الرهن بالمتعة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وهو القياس وفي قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد رحمه الله تعالى لها أن تحبس الرهن بالمتعة لوجهين (أحدهما) أن المتعة بمنزلة جزء من أجزاء مهر المثل ألا ترى أن في النكاح الذي فيه التسمية ما يجب بعد الطلاق جزء مما كان فيه فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه وهذا لان الطلاق مسقط فلا يصلح أن يكون موجباً فعرفنا أن ما بقي بعض ما كان واجباً قبل الطلاق والرهن بالدين يكون محبوساً بكل جزء منه (والثاني) أن المتعة خلف عن مهر المثل لانه يجب عند سقوط مهر المثل بالسبب الذي كان يجب به مهر المثل وهو النكاح وهذا هو حد الاصل والخلف ثم الرهن بالشئ يكون محبوساً بما هو خلف عنه كالرهن بالعين المغصوبة يكون محبوساً بقيمتها ووجه قوله الآخر ان المتعة دين حادث سوى مهر المثل والمحبوس بدين لا يكون محبوساً بدين اخر سواه والدليل على أنه من خلاف جنس مهر المثل فان المتعة ثياب ومهر المثل من النقود ولان مهر المثل قيمة بضعها والمتعة تذكرة لها ولا يلتقيان بحال فان مهر المثل يجب في حال قيام النكاح والمتعة تجب بعد

ارتفاع النكاح والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل لايكون كفيلا بالمتعة فاذا ثبت انهما دينان مختلفان لم يكن الرهن بأحدهما محبوساً بالآخر فاذا هلك الرهن في يدها قبل أن تمنعه لم يكن عليها ضمان ولكنها في قوله الاول تصير مستوفية للمتعة وفي قوله الآخر لا تصير مستوفية فلها أن تطالب الزوج بالمتعة وان منعت الرهن على الزوج بعد مطالبته حتى هلك ففي قوله الاول لاضمان عليها لانها حبسته لحق وفي قوله الآخر هي ضامنة للزوج قيمة المرهون لانها حبسته بغير حق فصارت غاصبة ضامنة ﴿قال﴾ فان تزوجها على غير مهر مسمى ثم فرض لها بعد العقد داراً فلا شفعة للشفيع فيها لان الفرض بعد العقد تقدير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة وان كان سمى في العقد مهرا ثم باعها داره به كان للشفيع فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر ولو طلقها قبل ان يدخل بها كانت الدار سالمة لها لان الشراء لا يبطل بالطلاق ولكنها ترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء ﴿قال﴾ ولو تزوجها على أن يشترى لها هذه الدار ويعطيها اياها مهرا أو قال أتزوجك على هذه الدار على أن أشتريها فاسلمها اليك كان لها ان تأخذه بذلك لانه شرط لها ذلك والوفاء بالشرط واجب فان عجز عن ذلك فعليه قيمة الدار لها وان طلقها قبل الدخول فلها نصف القيمة لان التسمية صحيحة فان المسمى مال وان كان الزوج عاجزاً عن تسليمه وقت العقد لان القدرة على تسليم الصداق لا تشترط لصحة التسمية فان القدرة على التسليم فيما يقابل الصداق ليس بشرط لصحة العقد ولكن شرط صحة العقد فيه صفة الحل فكذا في الصداق شرط صحة التسمية صفة المالية وقد وجد فاذا تحقق عجزه عن تسليم المسمى تلزمه قيمته وهذا بخلاف الكتابة فانه لو كاتب عبده على عبد الغير فانه لا يجوز على الرواية التى تجوز الكتابة على العين لان عقد الكتابة كالبيع من حيث أنه يحتمل الفسخ ولا يصح الا بتسمية البدل فكما أن العجز عن التسليم في البيع يمنع صحة العقد فكذا في الكتابة ﴿قال﴾ وان تزوجها على دار فاستحق نصفها خيرت في النصف الباقي لان التشقيص في الاملاك المجتمعة عيب فاحش فان نصف الدار لا يشترى بنصف مايشترى به جميع الدار عادة وقد بينا أن مالا يدخل تحت تقويم المقومين فهو عيب فاحش فان شاءت ردت النصف الباقي بالعيب ورجعت بجميع قيمة الدار وان شاءت أمسكت ورجعت بنصف قيمة الدار وان طلقها قبل الدخول

كان لها النصف الذي في يدها لان حقها بعد الطلاق في نصف الدار ونصف الدار سالم لها فلا ترجع بشيء آخر عليه ﴿قال﴾ ولو تزوجها على مهر مسمى ثم زاد فيه جازت الزيادة ان دخل بها أو مات عنها الا على قول زفر رحمه الله تعالى أصله الزيادة في الثمن بعد العقد وهي مسئلة البيوع ودليلنا لجواز الزيادة هنا قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة معناه من فريضة بعد الفريضة ولو طلقها قبل الدخول بها بطلت الزيادة الا في قول أبي يوسف الاول وقد بيناه ﴿قال﴾ واذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية وهذا على وجهين ان كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدا في العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية لان تلك المواضعة ما كانت لازمة وجعل ما عقدا عليه في العلانية بمنزلة الزيادة في مهرها الا ان يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه ان المهر هو الذي في السر والعلانية سمعة فحينئذ المهر ما سمى لها في السر لانهما في الاشهاد أظهرا أن مرادهما الهزل بالزيادة على مهر السر والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب الا على قول ابن أبي ليلي رحمه الله تعالى فانه يقول كما لا يعمل الهزل في جانب المنكوحة فكذلك في جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية فاما اذا تعاقدا في السر بألف وأشهدا انهما يجدد ان العقد بالفين سمعة فالمهر هو الاول لان العقد الثاني بعد الاول لغو وبالاشهاد علمنا انهما قصدا الهزل بما سميا فيه وان لم يشهدا في ذلك فالذي أشار اليه في الكتاب ان المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الاول لان العقد الثاني لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضاً يلغو وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أصل العقد الثاني وان صار لغواً فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبراً بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر سنا منه هذا ابني فانه لما لغي صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان لغي صريح كلامه في حكم النسب بقي معتبراً في حق العتق ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم على ان ردت عليه عبداً فهو جائز لانها بذلت شيئين بازاء الالف البضع والعبد فيقسم الالف على قيمة العبد ومهر مثلها فما أصاب العبد يكون شراء حتى اذا مات العبد قبل التسليم أو وجد الزوج به عيباً فرده بطل ذلك القدر وما أصاب مهر المثل فهو صداق لها حتى اذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف ذلك ﴿قال﴾ وان تزوجها على أبيها وقيمته ألف درهم على أن ردت عليه أمة

قيمتها الفان جاز ذلك وعتق الاب قبضته أو لم تقبضه لان الأب مقسوم على مهر مثلها وعلى قيمة الأمة فما يخص قيمة الأمة تكون مشترية له بالامة وما يخص مهر المثل يكون صداقاً لها وكلا السببين يوجب الملك بنفسه فاذا ملكت الاب عتق عليها ثم اذا طلقها قبل الدخول فعليها رد نصف مايخص مهر المثل من قيمة أبيها لانها صارت قابضة للاب بالعتق وحصة الصداق منه تتنصف بالطلاق وقد عجزت عن رده فعليها رد نصف قيمة ذلك ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم علي أن ترد عليه ألف درهم فلها مهر مثلها بمنزلة مالو لم يسم لها مهراً لان الالف المذكورة بمقابلة الالف المشروطة عليها فان الأموال الربوية متى قوبلت بجنسها يكون الجنس بمقابلة المثل لان المقابلة باعتبار المالية والمالية مع القدرة لا تتفاوت فاذا صارت الالف بمقابلة الالف بقي النكاح بغير تسمية المهر فلها مهر مثلها ﴿قال﴾ وان تزوجها على ألف علي أن ترد عليه مائة دينار جاز وتقسم الالف على مائة دينار وعلى مهر مثلها فما أصاب الدنانير يكون صرفاً فيشترط فيه التقابض في المجلس وما يخص مهر المثل يكون صداقا فاذا طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف وهذا لان المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس المقابلة باعتبار القيمة لان الجودة لها قيمة فى هذه الحالة والدنانير في حكم المقابلة كالعروض ولو تفرقا قبل التقابض بطلت حصة الدنانير من الدراهم لوجود الافتراق قبل القبض في عقد الصرف وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف أقل من عشرة يكمل لها عشرة كما لو تزوجها على ذلك القدر ولو تزوجها على ألف درهم وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ردت عليه عبداً فنقول المرأة بذلت شيئين البضع والعبد والزوج بذل الالف وشرط الطلاق فى ضرتها فيقسم الالف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فان كانا سواء صار نصف الالف ثمناً للعبد ونصف الالف صداق لها فاذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل نظر فان كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها الا ذلك وان كان مهر مثلها أكثر من ذلك فان وفي بالشرط بأن طلق امرأته فلانة فليس لها الا الخمسمائة وان أبى أن يطلق لم يجبر على ذلك لانه شرط الطلاق وايقاع الطلاق لا يصح التزامه فى الذمة فلا يلزمه بالشرط شئ ولكن لها كمال مهر مثلها لان لها فى طلاق ضرتها منفعة فانما رضيت بدون مهر مثلها بشرط أن تسلم لها هذه المنفعة فاذا لم تسلم كان لها كمال مهر مثلها ﴿قال﴾ ولو كان تزوجها على ألف درهم

وعلى طلاق فلانة علي أن ردت عليه عبداً فهنا يقع الطلاق بنفس العقد بخلاف الاول لان هناك شرط أن يطلق فما لم يطلق لم يقع وهنا أوجب الطلاق بالعقد عوضاً والعوض يثبت بنفس العقد فلهذا يقع الطلاق هنا والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة بذلت شيئين البضع والعبد والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الا خرين فاذا كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الالف ونصف الطلاق بمقابلة العبد ثمنا ونصف الالف ونصف الطلاق صداقا لها فاذا طلقها قبل الدخول بها كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لان بمقابلة الطلاق نصف العبد ونصف البضع فكان الطلاق بجعل فيكون بائنا وان لم يكن الجعل مشروطا على المطلقة وانما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لان المجهول اذا ضم الى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة وان استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بحصة خمسمائة حصة العبد لما قلنا وتنصف قيمة العبد أيضاً لان نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق الجعل أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان التزم تسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف ﴿قال﴾ ولو تزوجها على ألف درهم وعلى ان يطلق فلانة فأبى أن يطلقها فلها كمال مهر مثلها عندنا لانها انما رضيت بالالف باعتبار منفعة طلاق الضرة فاذا لم يسلم لها ذلك فلها كمال مهر مثلها كما لو تزوجها على ألف وكرامتها أو يهدي اليها هدية وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ان شرط لها مع الالف ما هو مال كالهدية والكرامة فكذلك الجواب وان شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها الا الألف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذلك بمنع التسليم اذا شرط لها في العقد فأما الطلاق ونحوه لا يتقوم بالاتلاف فكذا لا يتقوم بمنع التسليم ولكنا نقول لا نوجب الزيادة باعتبار تقوم ما شرط لها ولكن لانعدام رضاها بالالف بدون المنفعة المشروطة ﴿قال﴾ ولو تزوجها على خمر أو خنزير وهما مسلمان كان لها مهر مثلها عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى النكاح فاسد لان تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر بالعقد على المسلم فكان باطلا كما لو باع عبداً بخمر ولكنا نقول هما شرطا قبول الخمر وهو شرط فاسد الا أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وشرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالا فاذا لم يكن بطلت التسمية فكأنه لم يسم لها عوضاً فلهذا كان لها مهر مثلها وهكذا نقول فى البيع أنه يصير كانه لم يسم ثمناً والبيع يفسد عند عدم تسمية الثمن ﴿قال﴾ ولو تزوجها على الف وعلى ارطال

معلومة من خمر فليس لها سوى الالف لان تسمية الخمر والسكوت عنها سواء كما قلنا وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى أنه اذا تزوجها على هذا الدن من الخمر وقيمة الدن عشرة دراهم فلها الدن دون الخمر لان الدن متقوم فيصير كانه سمى لها الخمر مع العشرة وفي رواية أخرى أن لها مهر مثلها لان المقصود بهذه التسمية المظروف دون الظرف والمظروف ليس بمال ﴿قال﴾ ولو تزوجها على هذا الخمر فاذا هو خل أو على هذا الحر فاذا هو عبد ففي رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى لها المشار اليه وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن لها مهر مثلها لانه صرح بتسمية ماليس بمال والاصح رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى لما بينا فيما سبق ان عنده اذا كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمشار اليه والمشار اليه مال متقوم ﴿ قال ﴾ ولو تزوجها على ألف درهم ان لم يكن له امرأة وعلى ألفي درهم ان كانت له امرأة أو على ألف درهم ان لم يخرجها من الكوفة وعلى ألفين أن أخرجها أو قدم شرط الالفين في الفصلين فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى المذكور أولا صحيح في الوجهين والثانى فاسد حتى اذا طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المذكور أولا وان دخل بها فان وفى بالشرط فلها الالف وان لم يوف لها بالشرط فلها مهر مثلها لايجاوز بها ألفي درهم لانها رضيت بالالف باعتبار منفعة مشروطة فاذا لم تنل ذلك كان لها مهر مثلها ولكنها رضيت بالالفين بيقين فلهذا لايجاوز به ألفين وانما جوز الشرط الاول دون الثانى لان موجب العقد مع بقائه قد تم بذكر الشرط الاول واستقر بذلك فبذكر الشرط الثانى قصد تغير موجب العقد مع بقائه فلا يكون ذلك صحيحا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الشرطان جائزان على ما اشترطا وعند زفر رحمه الله تعالى الشرطان فاسدان فيكون لها مهر مثلها لاينقص عن الالف ولا يزاد عن الالفين وأصل المسئلة فى كتاب الاجارات اذا دفع الى خياط ثوباً وقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلك نصف درهم وسنبينها ثمة مع نظائرها ان شاء الله تعالى ﴿ قال ﴾ وان تزوجها على ألف وكرامتها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول واشتراط الزيادة المجهولة انما كان معتبراً فى حال قيام العقد لايجاب مهر المثل بقوله وقد سقط مهر المثل بالطلاق فكان لها نصف الالف كما لو لم يشترط تلك الزيادة أصلا ﴿ قال ﴾ واذا تزوجها على ألف درهم أو ألفين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحكم مهر المثل فان كان مهر مثلها ألفاً أو أقل فلها الالف وان

كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وان كان أكثر من ألف وأقل من ألفين فلها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها الالف في الوجوه كلها وحجتهما ذلك أن تسمية المال في النكاح منفصل عن العقد بدليل أنه لا يتوقف العقد على ذكره فكان ذلك بمنزلة التزام المال من غير عقد فانما يجب القدر المتيقن به كمن أقر لانسان بألف أو ألفين ولان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه والتخيير بين الالف والالفين فيه لا يمنع صحة العقد فكان قياس الطلاق بمال والعتق بمال وهناك اذا سمى الالف أو الالفين يجب القدر المتيقن به ولا وجه الى الرجوع الى مهر المثل لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وبالتخيير لا تنعدم التسمية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول النكاح عقد يستحق فيه التسليم والتسلم فالتخيير فى المسمى فيه بين الاقل والاكثر يمنع صحة التسمية كالبيع بخلاف الطلاق والعتاق فانه لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم الا أن فى البيع انعدام التسمية يمنع صحة البيع فكذا جهالة المسمى بخلاف النكاح وهذا لان هذه الجهالة كجهالة مهر المثل أو أقوى منها فانه متردد بين أجناس مختلفة تارة وبين المقادير المختلفة تارة ومثل هذه الجهالة يمنع صحة التسمية فاذا لم تصح التسمية يصار الى الموجب الاصلي وهو مهر المثل وبه فارق الطلاق والعتاق لانه لا موجب لذلك العقد فى الاصل حتى لا يجب شئ عند عدم ذكر البدل فلهذا أوجبنا الاقل وبخلاف الاقرار لان المال المقر به ليس بعوض فلو عينا الاقل لا يكون فيه بخس لحق المقر له وهنا الصداق عوض عما يستحق عليها وفى تعيين الاقل بخس لحقها والنظر واجب من الجانبين فحكمنا مهر المثل لهذا

﴿ قال ﴾ وكذا اذا تزوجها على هذا العبد الحبشي أو على هذا العبد الابيض فهو على ما بينا من تحكيم مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي ووجوب الاوكس لها عندهما الا أن يعطى الزوج الافضل فحينئذ يجوز ذلك لانه تبرع عليها وهذا عندهما بمنزلة مالو قال على أن أعطيك أيهما شئت ولو صرح بهذا كان له أن يعطيها أيهما شاء ان شرط المشيئة لنفسه وكان لها أن تأخذ أيهما شاءت ان شرط المشيئة لها ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول باشتراط الخيار لاحدهما تنعدم المنازعة بينها ويستبد من له الخيار بالتعيين فلهذا صحت التسمية وعند عدم شرط الخيار تتحقق المنازعة وليس الرجوع الى قول أحدهما بأولى من الآخر فكانت التسمية فاسدة كما في البيع اذا باع أحد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل

واحد منهما ثمنا وشرط الخيار فيه لاحدهما جاز ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس وفي الفصل الاول لها نصف الألف لان الزيادة على ذلك كانت باعتبار مهر المثل وقد سقط مهر المثل بالطلاق فلهذا كان لها نصف الاقل ﴿ قال ﴾ وان تزوجها على حكمه أو على حكمها أو على حكم رجل أجنبي فهذه التسمية فاسدة للجهالة وهذه الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا أنه أضاف الحكم الى نفسه فان حكم لها بمهر المثل أو أكثر جاز حكمه لانه يحكم بالزيادة على نفسه وله هذه الولاية وان حكم بأقل من مهر مثلها لم يجز بدون رضاها لانه حكم عليها باسقاط بعض حقها وليس له هذه الولاية عليها وان أضاف الحكم اليها فان حكمت بمهر المثل أو أقل فلها ذلك لانها تحكم على نفسها وان حكمت بأكثر من مهر مثلها لم يجز حكمها بدون رضا الزوج لانها تحكم على الزوج بالزيادة وليس لها عليه هذه الولاية وان أضاف الحكم الى الاجنبي فان حكم بمهر المثل جاز ذلك وان حكم بأقل من مهر المثل لم يجز بدون رضاها وان حكم بأكثر من مهر المثل لم يجز بدون رضا الزوج ﴿ قال ﴾ ولا يجب المهر على من قبل النكاح لغيره بوكالة أو ولاية على صغيره أو على عبده أو على مكاتبه مالم يضمنه ولها المهر على الزوج لحديث على رضى الله عنه الصداق على من أخذ الساق ولان تسليم المعقود عليه الى الزوج فوجب البدل عليه أيضاً والعاقد معبر عنه حتى لا يستغنى عن اضافة العقد اليه فلا يكون ملتزما للبدل الا ان يضمنه فيؤاخذ بالضمان حينئذ ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الحربي الحربية من غير مهر أو على ميتة ثم أسلما فلا مهر لها اما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر كما في الذميين على مابينا وعندهما في الذميين انما يجب المهر لان الخطاب بالابتغاء بالمال شائع في دار الاسلام وأهل الذمة ملتزمون لاحكامنا في المعاملات فاما في دار الحرب الخطاب به غير شائع وهم غير ملتزمين لاحكامنا فلهذا لاشئ لها واذا أسلما بعد ذلك فالحال حال بقاء النكاح والصداق ليس بشرط في حال بقاء النكاح ﴿ قال ﴾ ولو تزوجها على مهر مسمى ثم أسلما أو صارا ذمة فلها ذلك المسمى لانه صار ديناً لها عليه بالتسمية في عقد صحيح فلا يزيده الاسلام الا وكادة وان طلقها قبل ان يدخل بها ثم أسلما فلها ان تأخذه بنصف المسمى لان الطلاق قبل الدخول لا يسقط عنه الا النصف فيبقى مطالباً بما زاد على ذلك ولو لم يكن سمى لها شيئاً فلا متعة لها عليه لان في حال قيام النكاح ما كان لها عليه شئ وان أسلما فبعد الطلاق أولى ﴿ قال ﴾ رجل تزوج امرأتين على ألف درهم فالالف بينهما على قدر

مهر كل واحدة منهما لان المال الواحد اذا قوبل بشيئين مختلفين بعقد المعاوضة ينقسم على مقدار قيمتهما كما لو اشترى عبدين بألف درهم وقيمة البضع مهر المثل فان طلق احداهما قبل الدخول كان لها نصف حصتها من الالف فان طلقهما كان لهما نصف الالف بينهما على قدر مهريهما فان كانت احداهما ممن لا يحل له بان كانت ذات زوج أو معتدة من زوج أو محرمة عليه برضاع أو صهرية فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الالف كلها مهر التي تحل له وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقسم الالف على قدر مهريهما فمهر التي تحل له حصتها من ذلك وحجتهما ان الالف مسمى بمقابلة البضعين وانما التزمها الزوج عند سلامة البضعين له فاذا لم يسلم له الا احدهما لا يلزمه الا حصتها من الالف كما لو خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت احداهما دون الاخرى وكما لو اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر والدليل عليه أن الانقسام جعل معتبراً فى حق التي لا تحل له حتى لو دخل بها يلزمه مهر مثلها لا يجاوز به حصتها من الالف عليه نص في الزيادات وادعى المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله تعالى بهذا وكذلك يدخل فى العقد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى لا يلزمه الحد بوطئها مع العلم ومن ضرورة دخولها في العقد انقسام البدل المسمى وعندهما انما يجب الحد لانتفاء شبهة الحل فان العقد لا ينعقد في غير محل الحل وسقوط الحد من حكم انعقاد العقد فأما الانقسام من حكم التسمية لا من حكم انعقاد العقد كما لو أجابته احدى المرأتين دون الاخرى واحتج أبو حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك وقال ضم التي لا تحل له الى التي تحل له فى عقد النكاح لغو فهو بمنزلة ضم جدار أو اسطوانة الى المرأة فى النكاح وهناك البدل المسمى كله بمقابلتها دون ماضمه اليها فكذا هنا وبيان ذلك أن النكاح يختص بمحل الحل لان موجبه ملك الحل وبين الحل والحرمة فى المحل منافاة ففي حق المحرمة العقد مضاف الى غير محله وانقسام البدل من حكم المعاوضة والمساواة فى الدخول فى العقد فاذا انعدم ذلك لا يثبت الانقسام ألا ترى أنه لو طلق امرأته ثلاثا بالف درهم كان بازاء كل تطليقة ثلث الالف ولو كانت عنده بتطليقة واحدة فطلقها ثلاثا بألف درهم كانت الالف كلها بمقابلة الواحدة وهذا بخلاف ما اذا خاطبهما بالنكاح لانهما استويا فى الايجاب حتى لو أجابتاه صح نكاحهما جميعا فيثبت حكم انقسام البدل بالمساواة فى الايجاب وكذلك المدبر مع العبد فانه مال مملوك فيدخل تحت العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز فأما اذا دخل

بالتى لا تحل له فى هذا الكتاب يقول لها مهر مثلها مطلقا وهو الاصح على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وما ذكر فى الزيادات فهو قولهما وبعد التسليم يقول المنع من المجاوزة بمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لانعقاد العقد وذلك موجود فى حق التى لاتحل له فاما الانقسام للاستحقاق باعتبار الدخول فى العقد فالتى تحل له هى المختصة بذلك فكان جميع البدل لها وكذلك سقوط الحد على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى من حكم صورة العقد لامن حكم انعقاده وقد وجد ذلك فى حق التي لاتحل له فاما انقسام البدل من حكم انعقاد العقد

﴿ قال ﴾ رجل تزوج امرأة على عبد ودفعه اليها ثم طلقها قبل الدخول وقد جنى العبد عندها جناية فالزوج بالخيار لان تعلق الجناية برقبته من أفحش العيوب فانه شبيه باستحقاق نفسه وذلك مثبت الخيار للزوج فان أخذ نصفه دفعاه أو فدياه لانه لايتملكه ابتداء بالطلاق ولكن يعود اليه هذا النصف الى قديم ملكه ولم يوجد من المرأة صنع يكون اختياراً أو استهلاكا فلهذا تبقى الجناية متعلقة برقبته فيخاطب كل واحد منهما بدفع النصف أو الفداء بنصف الدية ثم لا يرجع عليها من قبل الجناية بشئ لانه رضى بأخذ النصف مشغولا بالجناية وقد وصل اليه ذلك وان شاء تركه واخذ منها نصف قيمته يوم دفعه اليها لانه تعذر عليها الرد كما قبضت وكذلك ان كانت الجناية فى يد الزوج قبل القبض ثم طلقها قبل أن يدخل بها كان لها الخيار بين أن تأخذ نصف قيمته يوم تزوجها عليه وبين أخذ نصفه ثم يخاطبان بالدفع أو الفداء كما بينا وان دخل بها الزوج والعبد فى يده فان شاءت أخذت قيمته صحيحاً يوم تزوجها عليه وان شاءت أخذت العبد ثم تخاطب بالدفع أو الفداء ولا ترجع على الزوج بشئ لما قلنا والله أعلم بالصواب

باب الخيار فى النكاح

﴿ قال ﴾ واذا تزوج الرجل امرأة واشترط فيه لاحدهما أو لهما خيار فالنكاح جائز والخيار باطل عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى النكاح باطل فمنهم من جعل هذا بناء على مسئلة نكاح المكره فان اشتراط الخيار يعدم الرضا كالاكراه ومن أصلنا ان انعدام الرضا بسبب الاكراه لايمنع صحة النكاح ولزومه وعنده يمنع فكذلك اشتراط الخيار ولكن هذا البناء على أصله غير صحيح فان الاكراه عنده يفسد العقد والعبارة وخيار الشرط لايفسد ولهذا لم يصحح الطلاق

والعتاق من المكره وصححهما مع اشتراط الخيار وحجته في المسئلة ان اشتراط الخيار في معنى التوقيت الا ترى ان ما يثبت فيه الخيار وهو البيع يتأخر حكم العقد وهو الملك الى ما بعد مضي المدة ويصير العقد في حق ملكه كالمضاف فكذلك هنا باشتراط الخيار يصير النكاح مضافا واضافة النكاح الى وقت في المستقبل لا يجوز والتوقيت في النكاح يمنع صحة النكاح كما لو تزوجها شهراً وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والهزل واشتراط الخيار سواء لان الهازل قاصد الى مباشرة السبب غير راض بحكمه بل أولى فان الهازل غير راض بالحكم أبداً وشارط الخيار غير راض بالحكم في وقت مخصوص فاذا لم يمنع الهزل تمامه فاشتراط الخيار أولى والمعنى فيه انه عقد لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولا يقبل خيار الشرط فاشتراط الخيار فيه لا يمنع تمامه كالطلاق والعتاق بمال وهذا لان اشتراط الخيار لا يمنع انعقاد أصل السبب مطلقاً وانما يعدم الرضا بلزومه كما في البيع ومن ضرورة انعقاد النكاح صحيحاً اللزوم فاشتراط الخيار فيه يكون شرطاً فاسداً و النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا تتوقف صحته ولزومه على تمام الرضا الا ترى ان تمام الرضا انما يكون بعد الرؤية كما في البيع ثم عدم الرؤية لا يمنع صحة النكاح ولزومه حتى لا يثبت فيه خيار الرؤية بخلاف الاضافة الى وقت فانه يمنع انعقاد السبب في الحال ألا ترى أن مثله لا يصح في البيع بخلاف التوقيت فانه يمنع انعقاد السبب فيما وراء الوقت المنصوص عليه والنكاح لا يحتمل الانعقاد في وقت دون وقت فلهذا بطل بالتوقيت

﴿ قال ﴾ ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها وان فحش عندنا ولكنه بالخيار ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وعند الشافعي رحمه الله تعالى يثبت له حق الرد بالعيوب الخمسة وهي الرتق والقرن والجنون والجذام والبرص فاذا ردها انفسخ العقد ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها قبل العلم بالعيب فلها مهر مثلها ويرجع به على من زوجها منه وحجته في ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني بياضة فلما خلا بها وجد في كشحها بياضاً فردها وقال دلستموني أوقال دلستم علي والرد متى ذكر عقيب العيب يكون بطريق الفسخ وقال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد وعن عمر رضي الله عنه أنه أثبت الخيار للزوج بهذه العيوب والمعنى فيه أن النكاح عقد معاوضة يحتمل الفسخ بأسباب فيثبت فيه حق الرد بعيب يخل بالمقصود كالبيع والمقصود بالنكاح طبعاً قضاء الشهوة

وشرعا النسل وهذه العيوب تخل بهذا المقصود أما الرتق والقرن يفوته أصلا وأما الجنون والجذام والبرص يخل به من حيث أن الطبع ينفر من صحبة مثلها وربما تعدى الى الولد بخلاف سائر العيوب من العمى والشلل فانه لا يخل بالمقصود واحد العوضين فى هذا العقد وهو المهر عندكم يرد بالعيب الفاحش دون اليسير فكذلك العوض الآخر وكذلك المرأة اذا وجدت زوجها عنينا أو مجبوبا يثبت لها الخيار ولا يثبت في سائر العيوب فكذا في حق الزوج لانهما في حكم هذا العقد سواء واذا كان العيب الذى يخل بالمقصود في جانب الزوج يثبت له الخيار دون الذى لايخل بالمقصود فكذلك فى جانبها والزوج وان كان متمكنا من الطلاق فهو محتاج الى اثبات الخيار له ليسقط به المهرعن نفسه كما قالم في الصغير اذا بلغ وقد زوجه عمه يثبت له الخيار وان كان متمكنا من الطلاق وحجتنا فى ذلك قول ابن مسعود رضى الله عنه لاترد الحرة عن عيب وعن على رضى الله عنه قال اذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم له ان شاء طلق وان شاء أمسك وما روى عن عمر رضى الله عنه أنه أثبت الخيار فالمراد خيار الطلاق وكذلك ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه ردها أى ردها بالطلاق ألا ترى أنه قال الحقى بأهلك وهذا من كنايات الطلاق والذي قال فرمن المجذوم فرارك من الاسد قلنا نحن نمكنه من الفرار ولكن بالطلاق والمعنى فيه ان الرد بالعيب فسخ العقد بعد تمامه بلا خلل فى ولاية المحل والنكاح لايحتمل هذا النوع من الفسخ ألا ترى أنه لايحتمل الفسخ بالاقالة وهذا لان ملك النكاح ملك ضرورى لايظهر فى حق النقل الى الغير ولافى حق الانتقال الى الورثة وانما أظهره الشرع في حق الطلاق للتفصى عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق وهذا لايقتضي ظهوره فى حق الفسخ بعد تمامه لانه لاضرورة فيه فكان فى هذا الفسخ بمنزلة الاسقاطات كالطلاق والعتاق بخلاف الفسخ بعدم الكفاءة أو بخيار البلوغ فانه فسخ قبل تمامه لخلل فى ولاية المحل فيكون فى معنى الامتناع من تمامه وكذلك الفسخ بخيار العتق فانه امتناع من التزام زيادة الملك على مانبينه في موضعه ان شاء الله تعالى ولان هذه العيوب لاتخل بموجب العقد وهو الحل فلا يثبت خيار الفسخ كالعمى والشلل والزمانة فاما الاستيفاء ثمرة وفوات الثمرة لايؤثر فى عقد النكاح الا ترى ان الاستيفاء يفوت بموت أحد الزوجين ولايوجب ذلك انفساخ النكاح حتى لايسقط شئ من المهر وعيب الجنون والجذام فيما هو المقصود دون الموت

لان الاستيفاء هنا يتأتى ومقصود النسل يحصل وبه فارق البيع فان هناك فوات التسليم قبل القبض يوجب انفساخ البيع فكذلك وجود العيب وكذلك أيضاً هلاك المهر قبل التسليم يثبت الرجوع بقيمته فوجود العيب الفاحش به كذلك بخلاف المنكوحة ولان وجود العيب تأثيره في انعدام تمام الرضا به والنكاح لزومه لا يعتمد تمام الرضا كما بينا في الهزل وعدم الرؤية بخلاف البيع وهذا بخلاف ما اذا وجدت المرأة زوجها مجبوباً أو عنينا لان هناك لا يثبت لها خيار الفسخ عندنا وانما يثبت لها حق المطالبة بالامساك بالمعروف وذلك في ان يوفيها حقها في الجماع فاذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالاحسان والتسريح طلاق وعندنا هنا له أن يطلقها ثم المعني فيه ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل المقصود لانها لا تتوصل الى ذلك من جهة غيره مادامت تحته وهو غير محتاج اليها فلو لم يثبت لها الخيار بقيت معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فأثبتنا لها الخيار لازالة ظلم التعليق وهذا لا يوجد في جانبه لانه متمكن من تحصيل مقصوده من جهة غيرها اما بملك اليمين أو بملك النكاح ومتمكن من التخلص منها بالطلاق ولا معتبر بحاجته الى التخلص من المهر كما لو ماتت قبل الدخول لا ينفسخ العقد مع قيام حاجته الي التخلص من المهر يوضح الفرق ان الزوج لو منع حقها في الجماع قصدا الى الاضرار بها بالايلاء كان موجبا للفرقة فكذلك اذا تعذر عليه ايفاء حقها بالجب والعنة والمرأة لو منعت حقه على قصد الاضرار لم يكن له به الخيار بذلك السبب فكذلك اذا تعذر عليه الاستيفاء بالرتق أو القرن فأما المرأة اذا وجدت بالزوج عيب الجنون أو الجذام أو البرص فليس لها أن ترده به في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعلى قول محمد لها الخيار اذا كان على حال لا تطيق المقام معه لانه تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان بمنزلة مالو وجدته مجبوبا أو عنيناً ولكنا نقول بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود انما تقل رغبتها فيه أو تتأذى بالصحبة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته سيء الخلق أو مقطوع اليدين أو الرجلين بخلاف الجب والعنة على ما قررنا يوضح الفرق أن الزوج هناك ظالم في امساكها من غير حاجة اليها وللقاضي ولاية ازالة الظلم بالطلاق وهنا الزوج غير ظالم في امساكها مع صدق حاجته اليها وذلك لا يثبت لها الخيار وكذلك ان اشترط أحدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجد بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار وكذلك لو شرط الجمال والبكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار لان فوت

زيادة مشروطة بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما في البيع وبهذا تبين أنه لا معتبر لتمام الرضا في باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط أنها بكر شابة جميلة فوجدها ثيباً عجوزاً شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضا منه بهذه الصفة

﴿قال﴾ واذا قال الرجل للمرأة بحضرة الشهود زوجيني نفسك فقالت قد فعلت جاز النكاح ولو قال بعني هذا الثوب بكذا فقال فعلت لا يتم البيع مالم يقل المشتري اشتريت أو قبلت وقد بينا هذا فيما سبق وانما أعاده هنا لايضاح الفرق بين البيع والنكاح وقد استكثر من الشواهد لذلك ثم قال وهما في القياس سواء وهكذا ذكره أبو يوسف رحمه الله تعالى في الامالي قال انما تركنا القياس في النكاح للسنة وهو ما حدثني أبو اسحاق الشيباني عن الحكم أن بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم فأبوا أن يزوجوه فقال لو لا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب اليكم ما فعلت فقالوا قد ملكت فدل أن بهذه اللفظة بعد الخطبة ينعقد النكاح ثم ذكر بعد حكم توقف النكاح على الاجازة ليبين أن ذلك لا يشبه حكم الرد بالعيب لان من توقف العقد على حقه غير راض بأصل السبب فكان أصل السبب في حقه كالمعدوم مالم يجز واما عند اشتراط الخيار أو وجود العيب فقد ظهر السبب في حقه وهو راض بأصل السبب حين باشره فلهذا تم العقد ثم بين في العقد الموقوف ان الزوج اذا كان هو الولي ففي حق الزوج يتوقف على قبوله أو رده بكلام أو فعل يدل عليه وفي حق المرأة اذا كانت ثيباً كذلك واذا كانت بكراً فسكوتها رضاها لعلة الحياء وقد بيناه وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمهما الله تعالى أن البكر اذا زوجها وليان كل واحد منهما من رجل فبلغها العقدان فان أجازت أحدهما جاز ذلك وان أجازتهما معاً بطلا للمنافاة بينهما ولو سكتت لم يكن سكوتها رضا منها بواحد منهما وروى علي بن صالح عن محمد رحمهما الله تعالى ان سكوتها بمنزلة رضاها بالعقدين فيبطل العقدان جميعاً والاصح رواية ابن سماعة لانه لا يمكن أن يجعل سكوتها رضا بأحد العقدين اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ولا رضي بهما لان السكوت انما يقام مقام الرضا لتصحيح العقد وفي الرضا هنا بهما أبطالهما فلهذا لا يعتبر سكوتها هنا رضى ﴿قال﴾ واذا اعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته باذن المولى فلها الخيار ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقته لما روى ان عائشة رضى الله عنها لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك

فاختاري وكان زوجها مغيث يمشي خلفها ويبكي وهي تأباه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاصحابه رضى الله عنهم الا تعجبون من شدة حبه لها وبغضها له ثم قال لها اتقى الله فانه زوجك وأب ولدك فقالت أتأمرني فقال لا انما انا شافع فقالت اذاً لا حاجة بي اليه فاختارت نفسها وكان المعني فيه ان ملك الزوج يزداد عليها بالعتق فان قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرأين وعدتها حيضتان وذلك كله يزداد بالعتق وهي لا تتوصل الى رفع هذه الزيادة الا برفع أصل العقد فاثبت الشرع لها الخيار لهذا ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخا لا طلاقا بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد وفي حق من توقف على اجازته لا يكون طلاقا ولان سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقا ويستوى ان كان الزوج حراً أو عبداً عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى ان كان زوجها عبداً فلها الخيار وان كان زوجها حراً فلا خيار لها والرواة اختلفوا في زوج بريرة رضى الله تعالى عنها فروي أنه كان عبدا وروي أنه كان حراً فأصحابنا رحمهم الله تعالى أولوا ماروى أنه كان عبداً أى عند أصل العقد ولكنه كان حراً عند عتقها ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كانه لم ينقل في ذلك شيء فيبقى الاعتماد على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري وفي هذا التعليل لا فرق بين ان يكون الزوج حراً أو عبداً والشافعي رحمه الله تعالى استدل بما روي انه كان لعائشة رضي الله عنها زوجان مملوكان فأرادت عتقهما وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمرها بالبداءة بالغلام قال وانما أمرها بذلك كيلا يثبت لها الخيار ولكنا نقول أمرها بذلك لاظهار فضيلة الرجال على النساء فانها لو اعتقتهما ما عنده لا يثبت لها الخيار أيضاً ومن طريق المعنى يقول بما اعترض تحقق المساواة بينهما فلا معنى لاثبات الخيار كالكتابية تحت مسلم اذا أسلمت أو المعسرة اذا أيسرت والزوج موسر والمنفية اذا أثبتت نسبها وللزوج نسب ثابت فلا خيار لها بخلاف ما اذا كان الزوج عبداً فان بما اعترض هناك من حريتها يظهر التفاوت وتنعدم الكفاءة ولكنا نقول ثبوت الخيار لها ليس لانعدام الكفاءة فان الكفاءة شرط لابتداء النكاح لا في البقاء ألا ترى أنه لو أعسر الزوج أو انتفي نسبه لا يثبت الخيار ولكن ثبوت الخيار لزيادة ملك الزوج عليها وفي هذا لا فرق عندنا بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً وهذا لان الملك انما يثبت بحسب الحل والحل

في جانبها يتنصف بالرق كما يتنصف الحل فى جانبه بالرق فتزوج العبد امرأتين والحر أربعا واذا انتصف الحل برقها فاذا أعتقت ازداد الحل وبحسبته يزداد الملك على مانبينه فى بابه ان شاء الله تعالى وعلى هـذا لو كانت مكاتبـة زوجت نفسها باذن مولاها ثم أدت فعتقت يثبت لهـا الخيار لزيادة الملك عليها عندنا وعلى قول زفر رحمـه الله تعالى لايثبت الخيار هنا لان ثبوت الخيار فى الامة لنفوذ العقد عليها بغير رضاها وسلامـة المهر لمولاها وهـذا غير موجود هنا فان المهر لهـا والنـكاح ما انعقد الا برضاها وكان ابن أبي ليلى يقول ان أعانها على أداء بدل الكتابة لاخيار لهـا وان لم يعنها فلها الخيار ولـكن الصحيح الموافق لتعليـل صاحب الشرع مابيناه ﴿قال﴾ ولو كانت حرة فى أصل العقد ثم صارت أمة ثم عتقت بأن ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا والعياذ بالله ثم سبيا معا فأعتقت الامة فلها الخيار عنـد أبي يوسف رحمه الله تعالى ولا خيارلها عنـد محمد رضى الله تعالى عنـه لان بأصـل العقد يثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقض الملك فاذا أعتقت عاد الملك الى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها وأبو يوسف رحمـه الله تعالى يقول بالعتق ملكت أمر نفسـها وازداد ملك الزوج عليها وذلك مثبت الخيار لها شرعا ولما صارت أمة حقيقة التحقت بالتي كانت أمة في الاصل فى حكم النـكاح فثبت لها الخيار بالعتق والله سبحانه وتعالى أعـلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب العنين

﴿قال﴾ رضى الله عنـه بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنـه قال يؤجل العنين سنة فان وصل الى امرأته فهى امرأته وان لم يصـل اليها فرق بينهما وجعلها تطليقـة بائنة وجعل لها المهر كاملا وعليها العدة وبهذا أخذ علماؤنا بخلاف ما يقوله بعض الناس انه لاخيار لامرأة العنين أصلا لحديث امرأة رفاعة فانها تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير رضى الله عنه فلم يصل اليها فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت ان رفاعة طلقني فابت طلاقى وتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فلم أجد منه الامثل هدبة ثوبى تحكى ضعف حاله فى باب النساء فـلم يخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وجاءت امرأة الى على رضى الله عنه فذكرت ان زوجها لا يصل اليها فقال ولا وقت السحر فقالت ولاوقت السحر فقال هلكت وأهلكت

ما انا بمفرق بينكما ولانه عاجز معذور فيكون منظراً بانظار الله تعالى ولكنا نستدل بحديث عمر رضى الله عنه وقد روى مثله عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعن على رضى الله عنه انه فرق بين العنين وبين امرأته وأوجب عليه المهر كاملا والصحيح من الحديث الذي رووا عن على رضى الله عنه ان تلك المرأة قالت لم يكن ذلك منه الامرة وفى هذا لايفرق بينهما عندنا وامرأة رفاعة بما ذكرت حكت صغر متاعه لا العنة وفى مثل هذا عندنا لاتخير ثم هو معذور ولكنه فى امساكها ظالم لانه ينسد عليها باب قضاء الشهوة بنكاحه ولا حاجة به اليها فوجب رفع الظلم عنها ولان مقصودها بالعقد قد فات لان مقصودها ان تستعف به وتحصل به صفة الاحصان لنفسها وفوات المقصود بالعقد أصلا يثبت للعاقد حق رفع العقد وهى تحتاج الى تقرير مهرها أيضاً وتمام ذلك بالاتفاق يحصل بالدخول فاذا انسد عليها الباب يثبت لها الخيار الا أن العجز قد يكون لآفة فى أصل الخلقة وقد يكون لعارض وانما يتبين أحدهما عن الآخر بالمدة فلهذا يؤجل والاجل فى هذا سنة كما اتفق الصحابة رضى الله عنهم الاسى (١) وقد روى عن عبدالله بن نوفل رضى الله عنه قال الاجل عشرة أشهر وانما قدرنا بالسنة لان التأجيل لابلاء العذر والحول حسن فى ذلك قال قائلهم * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر * ولان العجز عن الوصول قد يكون بعلة الرطوبة وانما يعالج ذلك في فصل الحر واليبوسة من السنة وقد يكون لغلبة الحرارة وانما يعالج ذلك في فصل البرد وقد يكون لغلبة اليبوسة وانما يعالج فى فصل الرطوبة فقدرنا الاجل بحول حتى يعالج نفسه فيوافقه العلاج فى فصل من فصول السنة فيبرأ فاذا مضت السنة ولم يصل اليها علم أن الآفة في أصل الخلقة ولهذا قالوا يقدر بسنة شمسية أخذا بالاحتياط فربما تكون موافقة العلاج فى الايام التى يقع التفاوت فيها بين القمرية والشمسية وابتداء التأجيل من وقت الخصومة حتى اذا صبرت مدة ثم خاصمت فان ادعى الزوج أنه قد وصل اليها سألها القاضى أبكر هي أم ثيب فان قالت ثيب فالقول قول الزوج لان الظاهر من حال الفحل انه اذا خلا بأنثى نزى عليها وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وان كانت بكراً أراها القاضى النساء فان البكارة لا يطلع عليها الرجال والمرأة الواحدة تكفي لذلك والمثنى أحوط لان طمأنينة القلب الى قول المثني أكثر فان قلن انها بكر فالقول قولها وكذلك ان أقر الزوج أنه لم يصل اليها ويؤجله القاضي سنة فيأمره أن

يعالج نفسه في هذه المدة هكذا قال علي رضى الله عنه أفيضوا عليه الدحج والعسل ليراجع نفسه فان مضت السنة وادعى الزوج أنه وصل اليها فهو على ما بينا من البكارة والثيابة فان أراها النساء فقلن هي بكر خيرها القاضى لان البكارة لاتبقى مع الوصول اليها فاذا خيرها القاضى فاختارت الزوج أو قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى أو قام القاضى قبل أن تختار شيئاً بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار الى أن قامت أو أقيمت يسقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشئ وان اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج بأن يطلقها فان أبى فرق القاضى بينهما وكانت تطليقة بائنة عندنا وعند الشافعي يكون فسخاً بمنزلة الرد بالعيب كما هو مذهبه فأما عندنا لمستحق على الزوج أحد الشيئين اما الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان فاذا عجز عن أحدهما تعين الآخر فاذا امتنع منه ناب القاضي منابه في التسريح والتسريح طلاق وقد روينا عن عمر رضى الله تعالي عنه انه جعلها تطليقة بائنة وهذا لان المقصود بالرجعي لا يحصل فالمقصود ازالة ظلم التعليق وفى الرجعى يستبد الزوج بالمراجعة مع ان حكم الرجعة مختص بعدة واجبة بعد حقيقة الدخول وذلك غير موجود هنا وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي في غير الاصول انها كما اختارت نفسها تقع الفرقة بينهما اعتباراً بالمخيرة بتخيير الزوج أو بتخيير الشرع كالمعتقة ثم لها المهر كاملا عليه لوجود التسليم المستحق بالعقد منها وعليها العدة لما استوفت كمال المهر به قضى عمر وعلى رضى الله عنهم وقالا ماذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم وكما لا يسقط حقها بترك المرافعة زمانا فكذلك لا يسقط حقها بتأخير الخصومة بعد مضى الاجل فان ذلك للاختبار منها لا للرضا به والانسان لا يتمكن من الخصومة في كل وقت خصوصا في هذه الحالة الا أنه لا يحتسب على الزوج بما مضى من المدة قبل المرافعة لان الأمر لم يكن مضيقا عليه قبل التأجيل وربما كان امتناعه من صحبتها لغرض له فى ذلك سوى العجز ولكن بعد التأجيل يترك ذلك الغرض بما يلحقه من العار وضرر زوال ملكه فلهذا لا يحتسب بالمدة قبل التأجيل ويحتسب عليه بزمان حيضها وشهر رمضان لان الصحابة رضى الله عنهم قدروا الاجل بسنة مع علمهم انه لايخلو عن ذلك عادة فان مرض الزوج فى المدة أو مرضت مرضاً لايستطاع جماعها فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان فى احدى الروايتين اذا كان

المرض أكثر من نصف الشهر لايحتسب بمدة المرض على الزوج وان كان دون ذلك يحتسب عليه بالقياس على أيام شهر رمضان فانه في النهار يمتنع عليه غشيانها ثم ذلك محسوب عليه فعرفنا ان نصف الشهر وما دونه عفو وفى الرواية الأخرى قال اذا كانا صحيحين فى شيء من السنة ولو فى يوم واحد يحتسب عليه بزمان المرض وعلى قول محمد رحمه الله تعالى ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهراً لايحتسب ويزاد فى مدته بقدر مدة المرض وان أحرمت بحجة الاسلام لايحتسب على الزوج بتلك المدة لانه لايقدر ان يحللها الا ترى انها لو كانت محرمة حين خاصمت لم يؤجله القاضى حتى تفرغ من الحج ولو خاصمت والزوج مظاهر منها فان كان يقدر على العتق أجله وان كان عاجزاً عن ذلك أمهله شهرين لانه ممنوع عن غشيانها مالم يكفر والعاجز عن العتق كفارته بالصوم شهران فان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضى الى ذلك واحتسب عليه تلك المدة لانه كان متمكنا من ان لايظاهر منها وكذلك ان كان يصل الى غيرها من النساء أو جواريه ولا يصل اليها خيرها القاضى لان التخيير لرفع الضرر عنها ولا يحصل ذلك بوصوله الى غيرها بل تزداد به غيظا ولو كان غشيها مرة واحدة ثم انقطع بعد ذلك فلا خيار لها لأن ماهو مقصودها من تأكد البدل أو ثبوت صفة الاحصان قد حصل لها بالمرة ﴿قال﴾ ولو وجدته مجبوباً خيرها القاضى فى الحال لان التأجيل في العنين لرجاء الوصول اليها وذلك فى المجبوب لايوجد فالمقطوع من الآلة لاينبت فلهذا فرق بينهما فى الحال وان كان قد خلا بها فلها المهر كاملا فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولها نصف المهر فى قولهما لان التيقن بعدم الوصول اليها موجود هنا وعذر الجب فى الزوج أبين من عذر المرض فاذا كان مرضه يمنع صحة الخلوة فكونه مجبوباً أولى بخلاف العنين فان ذلك باطن لايوقف على حقيقته وهذا ظاهر يشاهد فيجب اعتباره فى الحكم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هى أتت بالتسليم المستحق عليها بالعقد وحقها فى البدل يتقرر بذلك وهذا لان العقد ما انعقد لاستحقاق المجامعة به فانه لا كون له وانما انعقد لما وراء ذلك وقد أتت به فيتقرر حقها ثم يجب عليها العدة اما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لايشكل لانه قد تقرر جميع المهر واما عندهما تجب العدة استحسانا وأشار فى كتاب الطلاق الا أنه لاتجب العدة عندهما وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال لا تجب العدة أراد فى مجبوب قد جف ماؤه فيكون هذا

بمنزلة الصبي لاتعتبر خلوته في ايجاب العدة وحيث قال تجب العدة أراد في مجبوب له ماء يسحق فينزل فتجب العدة احتياطاً وان لم يكن دخل بها أو خلا بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها ثم بعد ما فرق القاضي بينهما في الموضع الذي وجبت عليها العدة اذا جاءت بولد الى سنتين يثبت النسب منه ولا تبطل تلك الفرقة لان ثبوت النسب باعتبار الانزال بالسحق وذلك غير مبطل حقها بخلاف العنين اذا فرق القاضي بينهما وهو يدعي الوصول اليها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت النسب ويبطل التفريق لانا حين حكمنا بثبوت النسب فقد حكمنا بوصوله اليها وكذلك لو شهد شاهدان بعد التفريق على اقرارها بالوصول اليها قبل التفريق بطل تفريق القاضي بينهما كما لو عرف القاضي اقرارها في ذلك الوقت بخلاف ما اذا أقرت بعد التفريق أنه كان وصل اليها فان قولها في إبطال التفريق ورفع الطلاق الواقع غير مقبول لكونها متهمة في ذلك والخصي بمنزلة العنين لان رجاء الوصول في حقه موجود لبقاء الآلة ولو تزوجت واحداً من هؤلاء وهي تعلم بحاله فلا خيار لها فيه لانها صارت راضية به حين أقدمت على العقد مع علمها بحاله ولو رضيت به بعد العقد بأن قالت رضيت سقط خيارها فكذلك اذا كانت عالمة به ولا فرق في قولها رضيت بالمقام معه بين أن يكون عند السلطان أو غيره لانه اسقاط لحقها ﴿ قال ﴾ وليس يكون أجل العنين الا عند قاضي مصر أو مدينة يجوز قضاؤه ولا يجوز عند من هو دون هؤلاء ومراده بهذا الاشارة الى الفرق بين خيار المعتقة والعنين فان ذلك لا يختص بمجلس الحكم وهو من جهتها فلم يكن طلاقا وهذا يختص بمجلس الحكم وهو لمعنى من الزوج فلهذا كان طلاقا وقد تبين بهذا اللفظ ان المصر شرط لجواز القضاء فانه لا يجوز القضاء في غير المصر بمنزلة اقامة الجمعة انه يختص بالمصر ﴿ قال ﴾ ولو تزوج امرأة فوصل اليها ثم فارقها ثم تزوجها بنكاح جديد ولم يصل اليها يؤجل كما يؤجل العنين لان النكاح الثاني غير النكاح الأول فلا يعتبر الوصول في النكاح الاول فيما يستحق في النكاح الثاني ﴿ قال ﴾ والخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فهو رجل يجوز له ان يتزوج امرأة فان لم يصل اليها أجل كما يؤجل العنين لان رجاء الوصول قائم فان كان يبول من مبال النساء فهو امرأة فاذا تزوجت رجلا لم يعلم بحالها ثم علم بذلك بعده فلا خيار للزوج لان الطلاق في يده وهو نظير الرتقاء وقد بيناه ﴿ قال ﴾ ولو كانت المرأة رتقاء والزوج عنينا لم يكن لها ان تخاصمه لانه لا حق لها في المطالبة بالجماع مع قيام المانع فيها وذكر

فى اختلاف زفر ويعقوب اذا زوج أمته فوجدته عنينا ان الخصومة فى ذلك الى المولى فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان المهر واجب له فهو محتاج الى أن يؤكد حقه ولأن النسل يكون ملكا له وبكونه عنينا يفوت ذلك وعلى قول زفر رحمه الله تعالى الخيار لها لان المقصود بالوطء قضاء الشهوة وذلك يحصل لها دون المولى فكان حق المرافعة اليها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح الشغار

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن نكاح الشغار وأصل الحديث قوله صلى الله عليه وسلم لا جلب ولا جنب ولا شغار فى الاسلام والشغار أن يقول الرجل للرجل أزوجك أختي على أن تزوجنى أختك على أن يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الاخرى أو قالا ذلك فى ابنتيهما أو أمتيهما ثم النكاح بهذه الصفة يجوز عندنا ولكل واحدة منهما مهر مثلها وعند الشافعى رضى الله عنه النكاح باطل لنهيه صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشغار والنهي يقتضى فساد المنهى عنه ولانه شرط الاشراك فى بضع كل واحدة منهما حين جعل النصف منه صداقا والنصف منكوحة وملك النكاح لا يحتمل الاشتراك فالاشتراك به يكون مبطلا كما اذا زوجت المرأة نفسها من رجلين وحجتنا فى ذلك أنه سمى بمقابلة بضع كل واحدة منهما ما لا يصلح أن يكون صداقا فكأنه تزوجها على خمر أو خنزير وهذا لانه لما لم يكن فى البضع صلاحية كونه صداقا لم يتحقق الاشراك فبقى هذا شرطا فاسداً والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو شرط أن يهبها لغيره أو نحوه بخلاف ما اذا زوجت المرأة نفسها من رجلين لانها تصلح منكوحة لكل واحد منهما فيتحقق معنى الاشراك واستدلاله بالنهى باطل لان النهي للخلو عن المهر هكذا قال ابن عمر رضى الله عنهما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تزوج المرأة بالمرأة من غير مهر لكل واحدة منهما وهذا لان الشغار هو الخلو فى اللغة يقال شغر الكلب اذا رفع احدى رجليه ليبول وبلدة شاغرة اذا كانت خالية من السلطان وانما أراد به ان لا تخلو المرأة بالنكاح عن المهر وبه نقول وان سمى لكل واحدة من المرأتين مهراً فلكل واحدة منهما ما سمي من المهر واشتراط أحد العقدين فى الآخر غير مؤثر هنا لانه شرط فاسد والنكاح لا يبطل بمثله ﴿قال﴾ واذا جعل

مهر امرأته طلاق أخرى كان النكاح جائزاً بمهر مثلها ولم يكن الطلاق مهراً وكذلك ان جعل القصاص مهراً فقد وقع العفو ولها مهر مثلها عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى كلما يجوز أخذ العوض عنه بالشرط يصلح أن يكو مهراً لان المقصود تحقق المعاوضة وأصل المسئلة في تعليم القرآن فان عنده تعليم القرآن يصلح أن يكون صداقا للحديث الذى روينا فى قوله زوجتكها بما معك من القرآن ولكنا نقول اشتراط صفة المالية في الصداق ثابت بالنص وهو قوله تعالى ان تبتغوا بأموالكم وطلاق الضرة والعفو عن القصاص ليس بمال وكذلك تعليم القرآن وتأويل الحديث بحرمة ما معك من القرآن وعلى هذا الأصل قلنا اذا اعتق أمته على أن يتزوجها ويكون العتق صداقا لها فزوجت نفسها منه فلها مهر مثلها لان الاعتاق ابطال للرق فلا يصلح ان يكون صداقا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه جوز ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية بنت حيي رضى الله عنها وتزوجها وجعل عتقها صداقا لها ولكنا نقول قد روى انه تزوجها بمهر جديد ولو ثبت ذلك فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصاً بالنكاح بغير مهر وعلى هذا لو تزوجها على أن يخدمها سنة فان كان الزوج عبداً صحت التسمية لتضمنها تسليم المال اليها فان رقبة العبد مال وان كان الزوج حرا لم تصح التسمية هكذا ذكر فى الجامع الصغير ونحوه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى انه اذا تزوجها على ان يرعى غنمها سنة يجوز استدلالا بقصة موسى مع شعيب عليهما السلام فمن أصحابنا من فرق بينهما فقال هى مأمورة بان تعظمه وتراعي حقه وذلك ينعدم باستخدامها اياه فلهذا لم يجز ان يكون خدمتها صداقا وذلك لا يوجد فى عمل الرعى الا ترى ان الابن لا يستأجر اباه للخدمة ويستأجره لعمل آخر والاصح ان في الفصلين روايتين في احدى الروايتين لا تصح التسمية لان المنفعة ليست بمال واشتراطها من الحر لا يتضمن تسليم المال اليها وفى الرواية الاخرى تصح التسمية لان المنفعة تأخذ حكم المالية عند العقد ولهذا لا يثبت الحيوان ديناً فى الذمة بمقابلتها فاذا لم تصح تسمية الخدمة فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لها مهر مثلها لانه سمي مالا يصلح ان يكون صداقا لها فهو كتسمية الخمر وعند محمد رحمه الله تعالى لها قيمة خدمته لان الخدمة متقومة عند العقد وان لم تكن مالا فاذا تعذر سلامتها لها تجب قيمتها كما لو تزوجها على عبد فاستحق ثم قد بينا الفرق بينهما اذا تزوج المرأة على طلاق ضرتها

وبين ما اذا تزوجها على ان يطلق ضرتها فى حكم وقوع الطلاق على الضرة فكذا اذا تزوجها على القصاص حصل العفو بنفس العقد واذا تزوجها على ان يعفو عن القصاص لم يسقط القصاص الا بمباشرة العفو ولا يجبر على ذلك وكذلك اذا تزوجها على عتق ابيهاعتق الاب بنفس العقد بخلاف ماذا تزوجها على أن يعتق أباها ولها مهر مثلها لان ماسمى صداقا من عتق الاب ليس بمال بخلاف ماذا تزوجها على عتق أبيها عنها لانه يتضمن تمليك رقبة الاب منها فان المعتق عنها لا يكون الا بهذا الشرط ورقبة الاب مال يصلح أن يكون صداقا لها واذا زوج ابنته من رجل على مهر مسمي على أن يزوجه الآخر ابنته على مهر مسمى فان زوجه فلكل واحدة منهما ماسمى لها من المهر وان لم يزوجه الآخر كان للمزوجة تمام مهر مثلها لان رضاها بدون مهر المثل باعتبار منفعة مشروطة لابيها ومنفعة أبيها كمنفعتها ولو شرط لها مع المسمى منفعة كان لها مهر مثلها كذا هنا والله أعلم بالصواب

باب نكاح الاكفاء

﴿قال﴾ رضى الله عنه قد قدمنا بيان ماهو مقصود هذا الباب وهو اعتبار الكفاءة فى النكاح وصحة عقد النكاح من كفء بمهر مثلها بمباشرتها أو بمباشرة غيرها برضاها بغير ولى واستدل على ذلك بآثار رويت فمنه حديث جعفر رضى الله عنه ان النبي صلى الله وسلم تزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان وكان الذى ولى عقد النكاح النجاشي ومهرها عنه اربعمائة دينار ومنه حديث عائشة رضى الله عنها انها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبى بكر من المنذر بن الزبير رضى الله عنه وعبد الرحمن غائب فقال امثلى يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضى الله عنها أو ترغب عن المنذر لتملكن امرها عبد الرحمن فملكها فقال مابى رغبة عنه ومنه حديث عبد الرحمن بن مروان رضى الله عنه قال زوجت امرأة معنا فى الدار ابنتيها فجاء أولياؤها فخاصموها الى على رضى الله عنه فاجاز النكاح ومنه حديث بحرية بنت هانئ قالت زوجت نفسى من القعقاع ابن شور فخاصم أبى الى على رضى الله عنه فأجاز النكاح ولكن الحجة بهذه الآثار على الشافعى رضى الله عنه حيث يقول لا ينعقد النكاح بعبارة النساء فأما على قول محمد رحمه الله تعالى لاتقوى الحجة ببعض هذه الآثار فانه يقول فى حديث النجاشي انه كان هو الولى لانها كانت مسلمة في ولايته فان أم حبيبة رضى الله تعالى

عنها من جملة من هاجر الى الحبشة ولأن عقد عائشة رضى الله تعالى عنها كان موقوفا على اجازة عبد الرحمن وكذلك ما أجازه على رضى الله تعالى عنه انما أجازه بولاية السلطنة ثم استكثر من الشواهد فى جواز تزويج المرأة نفسها من كفء فمن ذلك ان الولى لو عضلها فخاصمته الى السلطان فانه يحق على السلطان أن يأمر الولى بذلك وان أبى أن يزوجها السلطان فاذا صنعت هى بنفسها كيف تحكم ببطلان ماصنعت وكذلك لو أن رجلا أعتق أم ولده ولها ولد ثم تزوجها من غير أن يعلم ولدها منه أما كان يجوز هذا النكاح باعتبار ان الولى هذا الولد أرأيت لو أن امرأة أعتقت أباها وهو معتوه فزوجته أما كان يجوز هذا فاذا كانت تملك أن تزوج أباها فكيف لاتملك أن تزوج نفسها واستكثر من هذا الجنس من الشواهد وقد ذكر فى اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى ان ابن أبى ليلى قال لا يجوز ذلك وان أبا يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لايجوز ذلك حتى يجيزه القاضى أو الولى وقد تقدم بيان مافيه من اختلاف الروايات عنهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح الاماء والعبيد

(قال) رضى الله عنه وللرجل الحر اذا لم يكن تحته حرة أن يتزوج أربعا من الاماء عندنا وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه ليس للحر أن يتزوج الا أمة واحدة والخلاف بيننا وبينه فى فصول (أحدها) أن الحر اذا لم يكن تحته حرة ولكنه قادر على طول الحرة عندنا له أن يتزوج الأمة والأولى أن لايفعله وعنده ليس له أن يتزوج أمة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم فالله تعالى شرط لجواز نكاح الامة عدم طول الحرة والتعليق بالشرط يقتضى الفصل بين الوجود والعدم ثم بين أن نكاح الامة للحر اضرورة خوف الزنا على نفسه وذلك انما يكون عند عدم طول الحرة والمعنى فيه أن فى تزوج الحر الامة تعريض ولده للرق لان الولد جزء منه وهو تابع الأم فى الرق وكما لايجوز له أن يعرض نفسه للرق لا يجوز له أن يعرض ولده للرق من غير ضرورة ولهذا المعنى لايجوز نكاح الامة اذا كان تحته حرة فكذلك اذا كان قادراً على طول الحرة ولا يبعد أن يمتنع النكاح عليه لحق الولد ألا ترى أنه لايتزوج المعتدة من الغير لما فيه من اشتباه نسب

الولد ولان نكاح الامة بدل فى حق الحر لان عقد النكاح عقد ازدواج وهو ينبنى على المساواة فى الاصل ولامساواة بين الحر والامة فكان نكاح الامة في معنى البدل فكما أن وجود الاصل يمنع العدول الى البدل فكذلك القدرة على تحصيله كالتيمم فان وجود الماء كما يمنع التيمم فالقدرة على تحصيله بالشراء تمنع وحجتنا فى ذلك قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء فاذا استطاب نكاح الامة جازله ذلك بظاهر الآية والمعنى فيه ان النكاح يختص بمحل الحل والامة من جملة المحلات فى حق الحر كالحر فيكون جواز نكاحها أصلا لا بدلا ولا ضرورة والدليل على أنها محللة له أنها بملك اليمين ... له ولايحل بملك اليمين الا ما يحل بملك النكاح وانها محللة للعبد أصلا بالاتفاق فكذلك ... ر بل أولى لان الحل في حق الحر أوسع منه في حق العبد حتى لايثبت الحل للعبد بملك اليمين ويثبت للحر وهذا لان الانثى من بنات آدم في أصل الخلقة تحل للذكور لان المقصود حصول النسل وذلك يتحقق بين الذكور والاناث ثم الحرمة بعد ذلك بمعانى نص عليها الشرع من الامية والاختية ونحوهما فاذا انعدمت هذه المعانى كان الحل ثابتاً باعتبار الأصل ولا معنى لاعتبار تمريض الولد للرق أيضاً فان نكاح العقيم والعجوز يجوز وفيه تضييع النسل أصلا فلان يجوز نكاح الأمة وان كان فيه تضييع صفة الحرية للنسل أولى وكذلك ان تزوج أمة ثم قدر على طول الحرة أو تزوج حرة كان له ان يطأ الأمة بالنكاح بعد ذلك وفى هذا تمريض ولده للرق فبهذا تبين ان اعتماده على هذا المعنى لايصح وكذلك دعواه ان الأمة فى حكم البدل فاسد فانها لو كانت بدلا لم يبق النكاح بينه وبينها بعد وجود الأصل كما لا يبقى حكم التيمم بعد وجود الماء فاما اذا كانت تحته حرة فمن أصحابنا من يقول حرمة نكاح الأمة فى هذه الحالة بالنص بخلاف القياس على ما قال صلى الله عليه وسلم لاتنكح الأمة على الحرة الا ترى ان الحرة لو كانت صغيرة أو غائبة لم يجز له ان يتزوج الأمة وان كان هو لايستغنى بنكاحها عن الأمة ويخاف الوقوع فى الزنا فعرفنا ان المانع هناك عين نكاح الحرة لاالاستغناء بنكاحها وكان الكرخي رحمه الله تعالى يقول بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية فهو بتزوج الأمة يبطل الحق الثابت وحق الحرية لايجوز ابطاله بعد ثبوته فاما بطول الحرة لايثبت حق الحرية لولده ومنهم من يقول ان الأمة ليست من جملة المحلات بالنكاح مضمومة الى الحرة وهى من جملة المحلات منفردة عن الحرة لان الحل الذى ينبنى عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال

والنساء فكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد اثنتين والحر أربعاً فكذلك يتنصف برق المرأة ولا يمكن اظهار هذا التنصيف فى جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لاتحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فاما ان يقول الاحوال ثلاثة حال ماقبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لاتحتمل التجزى فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة أو متأخرة عنها أو في الحقيقة حالتان حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفراد عنها فتجعل محللة منفردة عن الحرة ومحرمة مضمومة الى الحرة فاذا كانت تحته حرة فهو بنكاح الامة يضمها الى الحرة فلهذا لايصح فاما مع طول الحرة فهو بنكاح الامة لايضمها الى الحرة فلهذا جاز نكاحها فأما الآية فقد نقل عن ابن عباس رضى الله عنه ان المراد حال وجود نكاح الحرة وبه نقول على ان من أصلنا ان التعليق بالشرط يقتضي وجود الحكم عند وجود الشرط ولكن لايوجب انعدام الحكم عند انعدام الشرط لجواز ان يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط لعلة أخرى وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رحمهم الله تعالى يجوز للحران يتزوج أربعاً من الاماء كما يجوز له أن يتزوج أربعاً من الحرائر وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى ليس للحران يتزوج الأمة واحدة لان جواز نكاح الامة للحر عنده لاجل الضرورة وهذه الضرورة ترتفع بالواحدة فلا يجوز له أن يتزوج أكثر منها كتناول الميتة لما كان حلها لاجل الضرورة لم يجز الا بقدر مايسد به رمقه وعندنا نكاح الامة للحر مباح مطلقا كنكاح الحرة فيجوزله ان يتزوج أربعاًمن الحرائر وعلى هذا يستوى عندنا ان كن مسلمات أو كتابيات وعند الشافعى رضى الله عنه لايجوز نكاح الامة الكتابية للمسلمين لان الضرورة ترتفع عنه بنكاح الامة المسلمة فلا يجوز له نكاح الامة الكتابية أصلا فان الكتابية تكون في ملك الكافر عادة وتعريض ولده لرق المسلم أهون من تعريضه لرق الكافر واستدل بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب معناه من الحرائر فلما جوز نكاح الكتابية بشرط ان تكون حرة فاذا كانت أمة لم تدخل تحت النص وانما دخلت تحت قوله ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولان كفرها يغلظ ببعض آثاره وهو الرق فلا يجوز نكاحها أصلا كالمجوسية وحجتنا فى ذلك مابينا ان الأمة الكتابية محللة للمسلم بملك اليمين فكذلك بملك النكاح كالمسلمة وهذا لان مالا يحل بملك النكاح لايحل بملك اليمين

كالمجوسية والدليل عليه أن الشرع سوى بين حكم النكاح والذبيحة ثم في حق حل الذبيحة الكتابية كالمسلمة أمة كانت أو حرة فكذلك في حكم النكاح وأما الآية فقد قيل ان المراد من قوله والمحصنات العفائف من أهل الكتاب فتتناول الأمة كالحرة ولئن كان المراد الحرائر فاباحة نكاح الحرائر من أهل الكتاب لا يكون دليلا علي حرمة نكاح الاماء ولكن هذا لبيان الاولى واسم المشركة لا يتناول الكتابية لاختصاصها باسم آخر ألا ترى أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب بقوله لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين الآية ﴿ قال ﴾ ولو تزوج أمة بغير اذن مولاها ثم تزوج حرة ثم أجاز مولى الامة لم يجز لان ثبوت ملك الحل عند الاجازة وعند الاجازة الحرة تحته فبهذه الاجازة يحصل ضم الامة الى الحرة وهي ليست من المحللات مضمومة الى الحرة ولانه اعترض بعد العقد قبل الاجازة مايمنع ابتداء العقد فيمنع الاجازة كما لو تزوج امرأة نكاحا موقوفا ثم تزوج أختها ثم ان الاولى أجازت لم يجز أرأيت لو تزوج أم هذه الامة أو ابنتها وهي حرة قبل أجازة مولاها ثم أجاز المولى أكان يجوز قال لايجوز شيء من ذلك لما ذكرنا ﴿قال﴾ واذا تزوج أمة بغير اذن مولاها ثم أعتقها المولى ولم يعلم بالنكاح فان هذا العتق امضاء للنكاح واجازة له لان الامة مخاطبة وانما امتنع نفوذ عقدها لحق المولي فاذا سقط حق المولى نفذ العقد وكان نفوذ هذا العقد من جهتها لا من جهة المولى وما قال انه امضاء واجازة توسع في الكلام فأما نفوذ العقد من جهتها ولهذا لا يثبت لها خيار العتق كما لو زوجت نفسها بعد العتق لان خيار العتق انما يثبت اذا ازداد الملك عليها بالعتق ولا يتحقق ذلك اذا كان نفوذ العقد ابتداء بعد العتق ولهذا كان المهر لها ان لم يكن دخل بها قبل العتق لان الملك انما يثبت عليها فما يقابله من البدل يكون لها وعن زفر رحمه الله تعالى انه قال يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته لسقوط حقه بالعتق فتعين فيه جهة البطلان كما لو باع مال الغير ثم ان المالك باعه من انسان آخر بطل به البيع الاول ولكنا نقول ماتوقف هذا العقد علي اجازة المولى وانما امتنع نفوذه لقيام حق المولى وقد سقط حق المولى بالعتق بعد العقد لزوال المانع من النفوذ وهذا بخلاف ما اذا أذن لها المولى في النكاح فانه لا ينفذ ذلك العقد مالم يجز لان بالاذن لم يسقط حق المولى فلا بد من اجازة المولى أو اجازة من قام مقامه فاما بالعتق هنا سقط حق المولى وهذا بخلاف

ما اذا اشترت شيئاً ثم أعتقها المولى فانه يبطل الشراء لان ذلك الشراء انعقد موجباً الملك للمولى فلو نفذ بعد عتقها كان موجباً الملك لها وذلك لايجوز فاما هنا النكاح انعقد موجب الحل لها وبعد العتق انما ينفذ بهذه الصفة ولو لم يعتقها ولكنه مات فورثها ابنه فان كانت تحل للابن بأن لم يمسها الاب بطل النكاح وليس للابن أن يجيزه لانه طرأ حل نافذ على الحل الموقوف فيكون مبطلا لذلك الموقوف كما اذا طرأ ملك نافذ على ملك موقوف بأن باع ملك الغير ثم اشتراه من المالك بطل ذلك العقد ولا يملك الاجازة بعد وهذا لان بين الملكين والحلين فى المحل منافاة فنفوذ أحدهما فى المحل يكون مبطلا للآخر وان كانت ممن لا يحل للابن فأجاز الابن ذلك النكاح جاز عندنا لانه قائم مقام الاب فى هذه الاجازة ولم يوجد المنافي وهو طريان الحل النافذ على الحل الموقوف ولا يجوز عند زفر لانه انما توقف على اجازة الاب فلا ينفذ باجازة غيره وكذلك لو باعها المولى أو وهبها أو سلمها فان كانت تحل للمشترى والموهوب له لم ينفذ ذلك العقد باجازتهما وان كانت لاتحل لهما نفذ العقد باجازتهما عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى ولو كانت تحل لمن ملكها فدخل بها الزوج بعد ماملكها وقد أجاز ماملكها النكاح أولم يجز كان عليه الاقل من مهر مثلها ومما سمى لها فى النكاح قبل انتقال الملك لان الدخول حصل بشبهة النكاح فسقط الحد ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ويكون ذلك لمالكها يوم وطئها لانه انما وجب بدلا عن المستوفى بالوطء والمستوفى بالوطء مملوك للثانى فكان البدل له ولو كان قد جامعها في ملك الاول ثم أجاز النكاح الآخر فانه يجعل عليه مهر واحد للأول لان الدخول بها في الملك الاول حصل بشبهة النكاح فيجب المهر بمقابلة المستوفى منها وذلك المستوفى مملوك للاول فكان المهر له ثم ذكر أن النكاح لاينفذ باجازة الثانى هنا لانه قد فسد حين ملكها ومن أصحابنا من يقول هذا غلط لانه لما دخل بها الزوج فى ملك الاول وجب عليها العدة والمعتدة لاتحل لغير المعتد منه فهى لم تصر محللة للمالك الثانى فلا يفسد النكاح الموقوف فاذا أجازه كان صحيحاً ولكنانقول ماذكره فى الكتاب صحيح لان وجوب العدة انما يكون بعد التفريق بينهما فأما قبل التفريق فهى ليست بمعتدة فاعتراض الملك الثانى يبطل الملك الموقوف وان كان هو ممنوعا من غشيانها وجعل هذا قياس المنع بسبب الاستبراء وذلك لايمنع بطلان النكاح الموقوف فهذا مثله ﴿ قال ﴾ ولو كان دخل بها فى ملك الاول ثم

أعتقها جاز النكاح وفى القياس عليه مهران مهر للمولى بالدخول بشبهة النكاح قبل العتق ومهر لها لنفوذ العقد عليها بعد العتق لان ملك الحل انما يثبت بعد العتق فلا يجوز اثباته بغير مهر ولكنه استحسن فقال لايجب الامهر واحد للمولى لان وجوب المهر بالدخول انما يكون باعتبار العقد ألا ترى أنه لولم يسبق العقد لايجب المهر والعقد الواحد لايوجب الا مهراً واحداً واذا وجب به المهر للمولى لايجب لها به مهر آخر توضيحه أن الاجازة وان كانت بعد العتق فحكمها يستند الى أصل العقد ألا ترى أن الشهود يشترط عند العقد لا عند الاجازة وشرط الشهود اختص بملك الحل كشرط المهر فكما أن وجود الشهود عند العقد يغني عن اعتباره عند الاجازة فكذا وجوب المهر للمولى عند العقد يغني عن اعتبار مهر آخر لها عند الاجازة ولو لم يعتقها ولكنه أجاز النكاح جعل اجازته فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولو كان أذن لها فى النكاح جاز عقدها ويشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الاذن فكذلك اذا أجازه فى الانتهاء انما يشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الاجازة ﴿قال﴾ وللمولى أن يكره أمته أو عبده على النكاح أما الامة فلان بضعها مملوك للمولى فهو انما يعقد على ملك نفسه بتزويجها وله ولاية العقد على ملك نفسه بغير رضاها كما لو باعها والدليل عليه أن البدل يجب للمولى والنفقة تسقط عن المولى فهو فيما صنع عمل لنفسه وأما العبد فللمولى أن يزوجه من غير رضاه عندنا وليس له ذلك عند الشافعى رحمه الله تعالى لان ما تناوله النكاح من العبد غير مملوك للمولى عليه فهو فى تزويجه متصرف فيما لا يملكه فلا يستبد به وهذا لان المولى فيما لا يملكه من عبده كاجنبي آخر ألا ترى أنه لا يملك الاقرار عليه بالقصاص لان دمه غير مملوك له ولا يملك أن يطلق امرأة العبد لانها غير مملوكة للمولى فكذلك لايملك تزويجه لان محل هذا العقد غير مملوك له توضيحه أن تزويجه بغير رضاه لا يفيد مقصود النكاح لان الطلاق بيد العبد فيطلقها من ساعته ولكنا نستدل بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لا يقدر على شئ فانما عقد المولى على شئ لا يقدر العبد عليه ولانه مملوكه على الاطلاق فيملك نكاحه بغير رضاه كالامة وهذا لان فى الامة انما يملك المولى العقد عليها لملكه رقبتها لا لملكه ما يملك بالنكاح فان ولاية التزويج لا تستدعى ملك ما يملك بالنكاح ولا يثبت باعتباره الا ترى ان الولى يزوج الصغيرة وهو لايملك عليها مايملك بالنكاح فثبت ان فى حق الأمة انما

يملك تزويجها بملكه رقبتها لا بملكه عليها ما يملك بالنكاح وهذا موجود في جانب العبد بل أولى لان في تزويج الأمة ينظر لنفسه وفي تزويج العبد انما ينظر للعبد ولان الأمهار أحد شطري العقد فيملكه المولى بملك الرقبة كتمليك البضع في جانب الامة وما قال انه غير مملوك للمولى فاسد من الكلام فان العبد لا يستبد بالنكاح بالاتفاق وما لا يملكه المولى من عبده فالعبد فيه مبقى على أصل الحرية يستبد به كالاقرار بالقصاص وايقاع الطلاق على زوجته وهنا العبد لما كان لا يستبد به عرفنا انه مملوك للمولى عليه وموجب النكاح الحل وذلك يحصل بالنكاح الى ان يرتفع بالطلاق والظاهر ان حشمة المولى تمنعه من ايقاع الطلاق ﴿ قال ﴾ ولو أقر المولى بالنكاح على عبده لم يصح اقراره عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف مالو أقر على أمته بالنكاح وقد بيناهذا فيما سبق وذكر شعيب بن أبي القاسم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى على عكس هذا ان اقرار المولى بالنكاح على عبده صحيح وعلى أمته لا يصح لانها فرج فلا تحل للزوج بمجرد قول المولى بغير شهود ﴿ قال ﴾ واذا عتقت الامة المنكوحة فلها الخيار كما بينا فان اختارت نفسها وقد دخل الزوج بها فالمهر المسمى واجب لسيدها لان الدخول حصل بحكم نكاح صحيح فتقرر به المسمى وان كان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا لسيدها لان اختيارها نفسها فسخ للنكاح من أصله فيسقط به جميع المهر كما اذا فرق بينهما لانعدام الكفاءة فان اختارت زوجها فالمهر لسيدها دخل بها أو لم يدخل بها لان المسمى وجب بنفس العقد بمقابلة ماملكه الزوج وانما ملك ذلك على المولى فكان البدل للمولى ولو لم يعتقها كان للسيد ان يستوفي الصداق من زوجها وليس للزوج أن يمتنع من ذلك حتى يسلمها اليه لان المولى في استحقاق صداق الامة كالحرة في استحقاق صداق نفسها وهناك لها ان تحبس نفسها لاستيفاء صداقها فهنا أيضاً للمولى أن يحبسها اذا كان الصداق حالا وان كان الصداق مؤجلا لم يكن له أن يحبسها ولا للحرة ان تحبس نفسها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على قياس المبيع لا يحبس بالثمن المؤجل وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وان كان الصداق مؤجلا فللمرأة ان تحبس نفسها لاستيفائه بخلاف البيع لان تسليم النفس عليها في جميع العمر والمطالبة بالصداق ثابت لها في العمر وفي البيع استحقاق التسليم عقيب العقد وليس له حق المطالبة بالثمن في ذلك الوقت اذا كان مؤجلا فان كان

استوفى المولى صداقها أمر المولى أن يدخلها على زوجها ولكن لا يلزمه ان يبوأها معه بيتا لان خدمتها حق المولى فلا تقع الحيلولة بينه وبين استيفاء حقه ولكنها تخدم المولى في بيته كما كانت تفعله من قبل ومتى ماوجد الزوج منها خلوة أو فراغاً قضى حاجته فان لم يدخل بها حتى قتلها مولاها فعليه رد جميع الصداق على الزوج في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالي وان كان لم يقبض الصداق سقط جميع حقه عن الزوج وعندهما لا يسقط شيء منه وكذلك لو باعها المولي في مكان لا يقدر الزوج عليها وجه قولهما ان القتل موت بأجل فيتقرر به جميع الصداق كما لو قتلها غير المولى وهذا لان بالموت تنتهي مدة النكاح فان النكاح يعقد للعمر فبمضي مدته ينتهي العقد وانتهاء العقد موجب تقرير البدل والدليل عليه ان كل واحد منهما يرث من صاحبه حتى لو جرحها المولى ثم أعتقها فاكتسبت مالا ثم ماتت من تلك الجراحة فان الزوج يرثها ولو مات الزوج قبلها ورثته أيضاً والتوريث انما يكون عند انتهاء النكاح بالموت وبهذا يتبين انه لم ينفسخ النكاح بينهما وسقوط المهر من حكم انفساخ النكاح وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول من له الحق في البدل اكتسب سبب فوات المعقود عليه قبل التسليم فيسقط حقه فى المطالبة بالبدل كما لو أعتقها فاختارت نفسها قبل الدخول وهذا لان القتل موت كما قال ولكن يتضمن فوات المعقود عليه فان كان المولى هو الذى اكتسب سببه يجعل التفويت محالا به اليه الا ترى ان البائع لو أتلف جزء من المبيع قبل القبض يسقط حقه فى حصته من الثمن ولو قتل العبد المبيع يسقط جميع الثمن وهذا لان القتل في الحقيقة موت باجل ولكن في حق القاتل جعل فى احكام الدنيا كانه غير الموت حتى يجب على القاتل القصاص والكفارة والدية ان كان خطأ ومن ذبح شاة انسان بغير امره يكون ضامنا له وباعتبار موته هو محسن الى صاحب الشاة فيما صنعه غير متلف عليه شيئاً توضيحه ان المولي لو غيب أمته لم يكن له أن يطالب الزوج بصداقها فاذا أتلفها أولى أن لا يكون له أن يطالب بصداقها وهذا الكلام يتضح فيما اذا باعها فى مكان لا يقدر عليه الزوج فانه لا فرق بين هذا وبينما اذا غيبها من غير بيع اما الميراث فنقول هذا في الحقيقة موت ولكن جعلناه اتلافا فى حق القاتل والميراث ليس للقاتل بل ذلك شيء بينها وبين الزوج وفيما بينهما هذا موت منه للنكاح ولو قتلت الحرة المنكوحة نفسها قبل أن يدخل بها الزوج لم يسقط مهرها عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يسقط لان

الحق فى المهر لها وقد فوتت المعقود عليه قبل الدخول والتسليم فصار كما لو ارتدت قبل الدخول أو قتل المولى أمته ولكنا نقول قتلها نفسها فى الاحكام كموتها ولو كانت ماتت لم يسقط مهرها وانما قلنا ذلك لان قتلها نفسها هدر فى أحكام الدنيا انما تؤاخذ به في الآخرة فاما فى الدنيا لايتعلق به شئ من الاحكام فهو كموتها بخلاف قتل المولى أمته فانه معتبر فى الاحكام حتى يتعلق به الكفارة ان كان خطأ والضمان ان كان عليها دين توضيحه ان بعد قتلها نفسها المهر لورثتها لالها ولم يوجد من الورثة ما كان تفويتاً للمعقود عليه وقد بينا ان القتل موت في حق غير القاتل فاما المهر للمولى بعد قتل الامة والتفويت وجد من جهته فان قيل ماتقول فيما اذا كان الوارث هو الذى قتلها قلنا الوارث اذا قتلها صار محروما عن الميراث ولا حق له فى الميراث هنا فلهذا لايعتبر فعله فى اسقاط مهرها وهذا بخلاف ردتها لانه معتبر فى أحكام الدنيا ولان المهر لها بعد الردة وتفويت المعقود عليه كان منها فأما الأمة اذا قتلت نفسها فعنه روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى احدى الروايتين لايسقط مهرها كالحرة اذا قتلت نفسها بل أولى لان المهر هنا لمولاها لالها وفى الاخرى يسقط مهرها كما لو ارتدت وهذا لان فعل المملوك مضاف الى المالك في موجبه ألا ترى أنها لوقتلت غيرها كان المولى هو المخاطب بدفعها أو فدائها فاذا قتلت نفسها جعل فى الحكم كان المولى قتلها فلهذا يسقط مهرها ﴿قال﴾ واذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل أنها حرة ولم يزوجها اياه ولكن الرجل تزوجها على أنها حرة فاذا هي أمة وقد ولدت له ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور وولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما وهذا لانه لم يرض برق مائه ولكن كما يعتبر حقه يعتبر حق المستحق فيكون الولد حراً بالقيمة نظراً من الجانبين ولا يرجع الزوج على المخبر بشئ لانه ما التزم له شيئاً وانما أخبره بخبر كان كاذبا فيه وذلك لايثبت حق الرجوع عليه كما لو أخبره ان الطريق آمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه ولكنه يرجع بقيمة الولد على الامة اذا أعتقت لانها غرته حين زوجته نفسها على أنها حرة وضمان الغرر كضمان الكفالة فانها ضمنت له سلامة الولد بما ذكرت من الحرية فى العقد وضمان الكفالة يجب على الامة بعد العتق ويضمن الزوج العقر للمولى ولا يرجع به على أحد لانه عوض ما استوفى منها والمستوفى كان مملوكا للمولى وهو الذى نال اللذة باستيفائه ﴿قال﴾ واذا تزوجت المستسعاة في بعض قيمتها ثم

أدت السعاية فعتقت خيرت في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان المستسعاة كالمكاتبة عنده وقد بينا أن المكاتبة اذا أعتقت وقد كانت زوجت نفسها خيرت ﴿ قال ﴾ ولا يجوز نكاح الامة في عدة حرة من فرقة أو طلاق بائن أو ثلاث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله تعالى ولو كانت معتدة من طلاق رجعي لم يجز نكاح الامة في عدتها بالاتفاق فهم يقولون المحرم نكاح الامة على الحرة كما قال صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة والتزوج عليها انما يتحقق اذا كان ملكه باقياً عليها وذلك بعد الطلاق الرجعي أو قبل الطلاق فأما بعد الفرقة لم يبق بينه وبينها نكاح فلا يكون متزوجا عليها كما لو كانت الحرة تعتد منه من نكاح فاسد أو وطء بشبهة فتزوج أمة يجوز والدليل على صحة هذا لو قال لامرأته ان تزوجت عليك امرأة فهي طالق فتزوج امرأة بعد ما أبانها لم تطلق بخلاف ما لو تزوجها بعد الطلاق الرجعي أو قبله فثبت أنه غير متزوج عليها بعد ما أبانها وهذا بخلاف المنع من نكاح الاخت في عدة الاخت لان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدتها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح وهذا المنع ليس لأجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحها ولكن المنع من تزوج الامة على الحرة لما فيه من ادخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المنع من نكاح الامة ثبت بنكاح الحرة وكل منع ثبت بسبب النكاح يبقى ببقاء العدة كالمنع من نكاح الاخت والاربع وهذا لان العدة حق من حقوق النكاح وحق الشئ كنفس ذلك الشئ في ابقاء الحرمة ونكاح الامة انما لا يجوز بعد الحرة لانها محرمة في هذه الحالة فتبقى تلك الحرمة ببقاء عدتها فانها محرمة مضمومة الى الحرة وفي هذا نوع ضم في فراش النكاح فاما اذا كانت الحرة تعتد من نكاح فاسد فقد قيل ان ذلك قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز وبعد التسليم يقول هناك المنع لم يكن ثابتاً بالنكاح الفاسد حتى يقال يبقى ذلك ببقاء العدة وأما مسئلة اليمين قلنا في الايمان المعتبر العرف وفي العرف لا يسمي متزوجا عليها بعد البينونة فلهذا لا تطلق فاما في ألفاظ الشرع المعتبر المعني ومعني الحرمة باق ببقاء العدة وكذلك لو تزوج مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد في عدة حرة لان الرق في هؤلاء باق وحكمهن في النكاح حكم الأمة القنة ﴿ قال ﴾ رجل تزوج خمس حرائر وأربع اماء في عقدة واحدة

جاز نكاح الاماء دون الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد عن نكاح الاماء لم يصح هنا فانهن خمس لا يمكن تصحيح نكاحهن وليس بعضهن بأولى من البعض فيلغو ضمهن الى الاماء ويبقى المعتبر نكاح الاماء وهن أربع يجوز نكاحهن للحر عندنا فلهذا جاز نكاح الاماء وكذلك ان تزوج حرة وأمة فى عقدة واحدة وللحرة زوج لان نكاح المنكوحة باطل وهذا هو الاصل انه متى كان لا يصح نكاح الحرة وحدها فضمها الى الامة وجوداً وعدما سواء فاما اذا كان يصح نكاح الحرة وحدها يتحقق ضم الحرة الى الأمة فيبطل نكاح الأمة ويجوز نكاح الحرة عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى لا يجوز لان العقد واحد فاذا بطل بعضه بطل كله كما لو جمع بين اختين ولكنا نقول نكاح الحرة أقوى من نكاح الامة الا ترى انه يصح تقدم أو تأخر والضعيف لا يدفع القوى ولكنه يندفع به بخلاف الاختين فانهما مستويتان فيندفع نكاح كل واحدة منهما بالاخرى توضيحه ان الامة من المحرمات مضمومة الى الحرة والحرة من المحللات فصار هو جامعاً بين محرمة ومحللة فيجوز العقد فى المحللة دون المحرمة ﴿ قال ﴾ واذا زوج مدبرته أو أمته أو أم ولده وبوأها مع الزوج بيتا ثم بدا له أن يردها الى خدمته كان له ذلك لان خدمتها حق المولى وهو بالتبوئة يصير كالمعير لها من زوجها فكان له أن يستردها متى شاء وكذلك لو كان شرط ذلك للزوج كان الشرط باطلا لا يمنعه من أن يستخدم أمته لان المستحق للزوج بالنكاح ملك الحل لا غير فاشتراطه شيئاً آخر غير ملزم اياه لانه لا يمكن الزامه بطريق الاستجبار فان المدة غير معلومة ولا بطريق الاعارة فان الاعارة لا يتعلق بها اللزوم ﴿قال﴾ ولو تزوجها على أنها حرة ثم علم بعد ذلك أنها أمة قد أذن المولى لها فى النكاح فهى امرأته ان شاء أمسك وان شاء طلق لان ظهور رقها نوع عيب وقد بينا أن العيب لا يثبت الخيار للزوج غير أن ماولد له من ولد فيما مضى وما كان فى بطنها فهو حر لاجل الغرور وعلى الاب قيمة الولد يوم يختصمون لان الولد فى يده بصفة الامانة مالم يخاصم فانه لا يكون أعلى حالا من ولد المغصوبة وولد المغصوبة أمانة ما لم يطالب بالرد فكذلك ولد المغرور حتى اذا مات قبل الخصومة فلا ضمان على الاب فيه ولكنه انما يصير مانعاً للولد بعد الطلب وذلك عند الخصومة فلهذا تعتبر قيمته وقت الخصومة وهذا اذا تبين أنها أمة أومدبرة وكذلك اذا تبين أنها أم ولد في ظاهر الرواية وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى

لا تجب قيمة الولد هنا لان ولد أم الولد كامه لاقيمة لرقه حتى لا يضمن بالغصب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فكذلك بالمنع بعد الطلب وجـه ظاهر الرواية أن الولد انما يصير كأمه اذا ثبت فيه حق أمية الولد وذلك بعد ثبوت الرق فيه وهنا علق الولد حر الاصل فلم يثبت فيه حق أمية الولد ولو تبين أنها مكاتبـة في ظاهر الرواية الجواب كذلك وروي الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى أنه لا يضمن قيمة الولد هنا لانه لوضمن انما يضمن لهـا وهي انما تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها فى حرية ولدها يحصـل بعض مقصودها فلا يجب الضمان ولانه لو رجع لرجع عليها بما ضمن لأن الغرور كان منها فلا يكون مفيداً شيئاً وجـه ظاهر الرواية أن السبب الموجب لضمان قيمة ولد الغرور وقد تقرر هنا ورجوعه عليها يكون بعد العتق وهي تستوجب الضمان عليه للحال فكان مفيداً وانما يرجع على الامة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة بقيمة الولد بعد العتق لما بينا ان ضمان الغرور كضمان الكفالة وضمان الكفالة فى حق هؤلاء مؤخر الى مابعد العتق ﴿قال﴾ ولو مات الولد وترك مالا فماله لابيه بحكم الارث ولا ضمان على الاب فيه لما بينا أن المنع بعد الطلب لم يتحقق منه ولو قتل الولد يأخذ الاب ديته وكان عليه قيمته لانه سلم له بدل نفسه وحكم البدل كحكم المبدل فيتحقق به المنع بعد الطلب فلهذا كان عليه قيمته وكذلك لو ضرب انسان بطنها فألقت جنينا ميتاً كان على الضارب خمسمائة درهم بدل الجنين الحر لانه علق حر الاصل وعلى الاب نصف عشر قيمته للمولى ان كان ذكر أو عشر قيمتها ان كانت أنثى لان حق المستحق فى جنين الامـة فلا يغرم له الاب الا بدل جنين الامة وان سلم له بدل جنين الحرة كما لو قتل بعد الانفصال ﴿قال﴾ ولو مات الأب وبقى الولد أخذ المولى قيمته من تركة الأب ولا يرجع بها بقية الورثة فى حصـة الولد لان المنع قـد تحقق وذلك موجب ضمان القيمة على الأب فيستوفى من تركته بعـد موته وقضاء دين الأب لايكون على بعض الورثة دون البعض فلهذا لا يرجعون في حصـته وان لم يترك الأب شيئاً لم يؤخذ الولد بشئ كما لا يؤخذ بسائر ديون الأب وكذلك الجواب ان كان مولى الجارية عمـاً للولد لان عتق الغلام هنا ليس باعتبار القرابة بل بالغرور فانه علق حر الاصـل والعتق بالقـرابة انمـا يكون بعـد ثبوت الملك للعم فيه فلهذا كان العم فيه وغيره فى هذا سواء ﴿قال﴾ وان كانت تزوجت بغير اذن المولى أخـذها المولى وعقرها والجواب فى قيـمة الولد على مابينا وان كان الذى غره غـير الأمة

بان زوجها منه حر على انها حرة فهذا وما تقدم سواء الا ان الأب يرجع بقيمة الولد على المزوج فى الحال لان ضمان الغرور كضمان الكفالة والحر يؤاخذ بضمان الكفالة فى الحال وان كان الذى غره فيها عبداً أو مدبراً أو مكاتباً فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا سواء كان العبد مأذوناً أولم يكن لان المأذون انما يؤاخذ بضمان التجارة فى الحال لابضمان الكفالة فيتأخر الى عتقهم الا ن يكون المولى أمر العبد أو المدبر بذلك فحينئذ يؤاخذ به فى الحال لان كفالة العبد باذن المولى موجب للضمان عليه فى الحال فاما المكاتب لايؤاخذ به حتى يعتق سواء فعله باذن المولى أو بغير اذنه لان المولى ليس له حق التصرف فى كسبه فلا يعتبر اذنه فيه وان كان المتزوج المغرور عبداً أو مدبراً أو مكاتباً بأن تزوج أحد من هؤلاء باذن المولى امرأة على انهاحرة فولدت له ثم ظهر أنها أمة فالولدرقيق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله تعالي نص على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في كتاب الدعوى وفي قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله تعالي الولد حر بقيمته على الأب اذا عتق ويرجع بذلك على الذي غره وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن السبب الموجب للحرية الغرور واشتراط الحرية فيها عند النكاح وهذا يتحقق من الرقيق كما يتحقق من الحر وكما يحتاج الحر الى حرية الولد فالمملوك محتاج الى ذلك بل حاجته أظهر لانه ربما يتطرق به الى حرية نفسه توضيحه أنه لا معتبر برق الزوج وحريته فى رق الولد بل المعتبر فيه جانب الأم ألا ترى أن الحر اذا تزوج أمة وهو يعلم بحالها كان ولده رقيقاً فاذا كان المعتبر رق الأم وقد سقط اعتبار رقها فى حق الولد عند اشتراط الحرية اذا كان الزوج حراً فكذلك اذا كان الزوج عبداً لان ما شرط من الحرية يجعل كالمتحقق فى حرية الولد فأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهم الله تعالى قالا هذا الولد مخلوق من ماء رقيقين فيكون رقيقاً وهذا لأن الولد متفرع من الاصل فانما يتفرع بصفة الأصل واذا كان الاصلان رقيقين لا تثبت الحرية للولد من غير عتق وأما اذا كان الزوج حراً فقد ثبت حرية الولد هناك باتفاق الصحابة رضى الله عنهم بخلاف القياس وهذا ليس فى معنى ذاك لان ماء الرجل هناك بصفته حر فانه جزء منه وانما يصير رقيقا باتصاله برحم الامة فتأثير الغرور فى المنع من ثبوت الرق في مائه بالاتصال برحم الامة وهنا ماء العبد رقيق كنفسه فالحاجة الى إثبات الحرية لمائه ومايصلح لابقاء ما كان على ما كان لايصلح لايجاب مالم يكن يوضحه ان

الحاجة

الحاجة هناك الى الترجيح عند التعارض لان اعتبار جانب ما نه يوجب حرية الولد واعتبار جانب ماثها يوجب رق الولد فجعلنا الغرور دليلا مرجحا وهنا الحاجة الى اثبات الحرية دون الترجيح ومايصلح مرجحا لا يصلح موجبا توضيحه أن هناك تثبت حرية الولد بضمان قيمته على الاب في الحال فيندفع الضرر به عنه وهنا لو ثبتت حرية الولد انما تثبت بضمان قيمته بعد العتق فيتضرر به المستحق في الحال فاذا ثبت أن هذا ليس في معنى المنصوص وجب الرجوع فيه الى الاصل فكان الولد رقيقا بمنزلة أمه ثم على قول محمد رحمه الله تعالى ان كان التزوج من هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال وان كان بغير اذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق لان كل دين وجب على المملوك بسبب مأذون من جهة المولى يؤاخذ به في الحال وكل دين وجب عليه بسبب غير ماذون فيه فانما يؤاخذ به بعد العتق ﴿ قال ﴾ واذا تزوجها وهو يعلم أنها أمة أو تزوجها وهو يحسب أنها حرة ولم يغره فيها أحد فأولاده أرقاء لان هذا ظن منه والظن لا يغني من الحق شيئاً ولان الموجب لحرية الولد الغرور ولم يتحقق الغرور هنا ولو كانت أمة بين رجلين زوجها أحدهما من رجل ودخل الزوج بها فللآخر أن يبطل النكاح لان المزوج لا يملك الا نصفها وملك نصف الامة ليس بسبب لولاية التزويج فلم ينفذ عقده عليها وقد تناول عقده نصيب الشريك فكان له أن يفسخ عقده دفعا للضرر عن نفسه وقد سقط الحد عن الزوج لشبهة النكاح فيجب المهر عليه الا أن في نصيب المزوج يجب الاقل من نصف المسمى ومن نصف مهر مثلها لانه راض بالمسمى ورضاه صحيح في نصيب نفسه فاما في نصيب الشريك يجب نصف مهر المثل بالغا مابلغ لانه لم يرض بسقوط شئ من حقه وان كان ابطال النكاح قبل الدخول فلامهر لواحد منهما سواء خلا بها الزوج أو لم يخل لان الخلوة انما تعتبر في النكاح الصحيح وهذا العقد لم يكن صحيحا فلا تعتبر الخلوة فيه ﴿قال﴾ واذا زوج أمة ابنه الصغير فذلك جائز وكذلك الوصي اذا زوج أمة اليتيم وكذلك المكاتب اذا زوج أمته وكذلك المفاوض اذا زوج أمة من الشركة لان تزويج الامة من عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر ويسقط به نفقتها عنه وهؤلاء الاربعة يملكون الاكتساب أما المكاتب فهو منفك الحجر عنه في اكتساب المال وأما الاب والوصي فنهما أمرا بالنظر للصغير وعقد اكتساب المال من النظر وأما المفاوض فان المتفاوضين انما عقدا المفاوضة لاكتساب المال ولا يملك هؤلاء تزويج العبد لانه ليس فيه

اكتساب المال بل فيه تعييب العبد وشغل ذمته بالمهر والنفقة من غير منفعة لهم فى ذلك ﴿قال﴾ ولو زوج الاب أو الوصى أمة الصبي من عبده لايجوز ذلك أيضا نص عليه فى المأذون وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز لانه لاضرر فيه على الصبي فان المهر لايجب بهذا العقد ونفقتهما عليه بعد النكاح كما كانا قبله وفيه منفعة الصبي من حيث النسل فيجوز ذلك من الاب والوصى كانزاء الفحل من مال الصبي على أتانه ووجه ظاهر الرواية أن فى هذا تعييبا لهما لان النكاح عيب في العبيد والاماء جميعا ومنفعة النسل موهومة والمنفعة الموهومة لاتكون جائزة للضرر المتحقق فلهذا لايصح هذا العقد منهما وأما العبد المأذون أو المضارب أو الشريك شركة عنان اذا زوج واحد منهما الامة لم يجز ذلك فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز لانه عقد اكتساب المال وهؤلاء يملكون ذلك ولان المستوفي بالوطء في الحقيقة منفعة ولهذا سمي الله تعالى المهر أجراً وهؤلاء يملكون الاجارة فكذلك يملكون التزويج وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا المأذون انما كان منفك الحجر عنه فى التجارة والتزويج ليس من جملة التجارة فان التجار لايعتادون اكتساب المال بتزويج الاماء والدليل عليه أن المرأة لو زوجت نفسها من رجل بعبد ونوت التجارة عند العقد لايصير العبد به للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لصار العبد به للتجارة فان نية التجارة متى اقترنت بعمل التجارة يصير للتجارة واذا لم يكن النكاح من التجارة فلايملكه هؤلاء كالكتابة وبه فارق الاربعة التى تقدمت فان أولئك يملكون الكتابة فعرفنا أن تصرفهم غير مقصور على التجارة وهؤلاء الثلاثة لايملكون الكتابة فعرفنا أن تصرفهم مقصور على التجارة ولا شك أن هؤلاء الثلاثة لايزوجون العبد لان تزويج العبد ليس من الاكتساب ولا من التجارة ﴿قال﴾ واذا تزوج الحر أمة ابنه جاز النكاح عندنا ولا يجوز عند الشافعى رحمه الله تعالى وقيل هذا بناء على الاصل الذى تقدم أن عنده لايجوز للحر نكاح الامة الا عند عدم طول الحرة وعلى الابن أن يعف أباه فيستغنى به عن نكاح الامة ولكن هذا ليس بصحيح فانه لو تزوج أمة غيره صح النكاح اذا لم يكن فى ملكه مايتزوج به الحرة والاصح أن هذه مسئلة مبتدأة فوجه قوله أن للاب حق الملك فى مال ولده حتى لو وطئ جارية ابنه مع علمه بحرمتها لايلزمه الحد فلا يجوز له أن يتزوجها كالمولى اذا تزوج أمة من كسب مكاتبه بل أولى لان حق الملك في مال والده أظهر ألا ترى أن استيلاده في جارية الابن صحيح واستيلاد

المولى أمة مكاتبه لايصح توضيحه أن الولد كسبه قال صلى الله عليه وسلم ان أطيب مايأ كل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فجارية الابن كسب كسبه فلا يملك التزوج كأمة عبده ولكنانقول ليس له في جارية ولده ملك ولاحق ملك فيجوز له ان يتزوجها كأمة أبيه وأخيه وانما قلنا ذلك لانه يحل للابن ان يطأ جاريته بالاتفاق ولو كان لابيه فيها حق الملك لم يحل له وطئها كالمكاتب فانه لايحل له ان يطأ أمته لما كان للمولى فيها حق الملك فاما سقوط الحد فليس لقيام حق الملك له فى الجارية ولكن لظاهر الاضافة فى قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وهذا الظاهر وان كان لم يكن معمولا به في ايجاب ملك أو حق ملك له فيها يصير شبهة فى اسقاط الحد كالبيع بشرط الخيار لايوجب الملك ولا حق الملك للمشترى ثم يسقط الحد به وكذلك العقد الفاسد من نكاح أو بيع قبل القبض والولد وان كان كسبا له فهو كسب حر فلا يثبت له حق الملك فى كسبه بمنزلة مال المعتق لاحق للمعتق فيه وان كان المعتق كسبا له لانه كسب حر فاما صحة الاستيلاد ليس باعتبار حق الملك له فيها بل بولاية التملك عند الحاجة وتقرر حاجته الى صيانة مائه كيلا يضيع نسله فان تزوجها فولدت له ولداً كان الولد حراً لان الولد يتبع الأم في الملك فولى الجارية هنا ملك أخاه فيعتق عليه بالقرابة ولا تصير الجارية أم ولد له عندنا وعند زفر رحمه الله تعالي تصير أم ولد له وكذا اذا استولدها بنكاح فاسد أو وطء بشبهة عندنا لاتصير أم ولد له خلافا لزفر رحمه الله تعالى وحجته انه لو استولدها بفجور صارت أم ولد له فاذا استولدها بنكاح أو بشبهة نكاح أولى ان تصير أم ولد له ولكنا نقول اذا استولدها بغير شبهة فهناك يصير متملكا لحاجته الى ذلك كيلا يضيع ماؤه فان اثبات النسب غير ممكن بدون التملك لانه ليس له فيها ملك ولاحق ملك فاذا تملكها سابقا على الاستيلاد كان الاستيلاد فى ملك نفسه فلهذا صارت أم ولد له وهنا غير محتاج الى تملكها لاثبات النسب بل النكاح أو شبهة النكاح يكفي لذلك فلم يصر متملكا لها فلهذا لاتصير أم ولد له ﴿قال﴾ ولو كان الابن هو الذى تزوج أمة ابيه بتزويج الاب اياها منه جاز النكاح فاذا ولدت فالولد حر لان الاب ملك الابن امته ولا تصير الجارية أم ولد له لانه لاملك له فيها وان كان الابن وطئها بغير نكاح أو شبهة نكاح لم يثبت نسبه منه وان ادعاه لانه ليس له حق التملك فى جارية أبيه ولكن لاحد عليه ان قال ظننت انها تحل لى وان قال علمت انها على حرام فعليه الحد لان

عند الظن اشتبه عليه ما يشتبه فيسقط الحد به وعند العلم بالحرمة لا شبهة له في المحل حقيقة ولا صورة ولم يشتبه عليه أمرها فلزمه الحد وان صدقه الاب في انه وطئها وان الولد منه عتق الولد باقراره لانه اذا ملك ابنه من الزنا عتق عليه فكذلك اذا ملك ابن ابنه من الزنا ولكن لا يثبت النسب لما بينا بخلاف الأب اذا كان هو الذى استولد جارية ابنه فانه لا حاجة الى تصديق الولد لان الاب له ولاية تملك جارية الابن فانما يكون مستولداً لها فى ملك نفسه ولهذا ضمن قيمتها لابنه وليس للابن هذه الولاية فى جارية أبيه فلهذا لا يعتق الولد الا اذا صدقه الاب فيه ﴿قال﴾ ولا يتزوج العبد أكثر من اثنتين وقال مالك رحمه الله تعالى له أن يتزوج أربعا لان الرق لا يؤثر فى مالكية النكاح حتى لا يخرج من أن يكون أهلا لملك النكاح ومالا يؤثر فيه الرق فالعبد والحر فيه سواء كملك الطلاق وملك الدم فى الاقرار بالعقود ومذهبنا مروى عن عمر رضى الله عنه قال لا يتزوج العبد أكثر من اثنتين ولان الرق مؤثر في تنصيف ما كان متعدداً فى نفسه كالجلدات فى الحدود وعدد الطلاق واقراء العدة وهذا لان ملك النكاح مبنى على الحل الذى يصير به أهلا للنكاح وذلك الحل يتسع بزيادة الفضيلة ويتضيق بنقصان الحال ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان كان مخصوصا باباحة تسع نسوة لفضيلة النبوة التى اختص بها فكان الحل في حقه متسعا لتسع نسوة ولا يجوز لاحد غيره أكثر من أربع نسوة فكذلك يتسع الحل لفضيلة الحرية فيتزوج الحر أربعاً ولا يتزوج العبد الا اثنتين يوضحه أن الرق ينصف الحل ألا ترى أن في جانب الامة يتنصف حلها بالرق حتى ان ما ينبنى على الحل وهو القسم يكون حالها فيه على النصف من حال الحرة وكذلك ما يجب على المستوفى لهذا الحل بغير طريقه وهو الحل يتنصف بالرق حتى يجب على العبد بالزنا خمسون جلدة وعلى الحر مائة جلدة واذا ثبت أن الحل يتنصف بالرق وعليه ينبنى عدد المنكوحات فقلنا حال العبد فيه على النصف من حال الحر فيتزوج ثنتان الحرتان والامتان فى ذلك سواء والشافعي رحمه الله تعالى هنا لا يخالفنا لان في حق العبد نكاح الامة أصل وليس ببدل اذ ليس فيه تعريض شئ للرق فانه رقيق بجميع أجزائه فلهذا جوز له نكاح الأمتين وعلى هذا الاصل يقول الشافعي رضى الله تعالى عنه للعبد أن يتزوج أمة على حرة ولكنا نقول لا يجوز لان الامة ليست من المحللات مضمومة الى الحرة في حق الحر فكذلك في حق العبد والمدبر والمكاتب وابن أم الولد فى هذا كالعبد

لان الرق المنصف للحل فيهم قائم ﴿قال﴾ ولا يجوز للعبد أن يتزوج بغير اذن مولاه عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى يجوز لان الرق لم يؤثر فى مالكية النكاح فيستبد العبد به كالطلاق وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بظاهر قوله تعالى ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لايقدر على شئ والنكاح شئ فلا يملكه العبد بنفسه ومذهبنا مروى عن عمر رضى الله تعالى عنه قال ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر والمعنى فيه ان في النكاح تعييبه وفيه شغل ماليته بالمهر والنفقة وماليته ملك مولاه فلا يملك شغل ذلك بتصرفه بغير اذن المولى يوضحه أنه لو باع رقبته أو رهنه بمال لم يجز وان كان منفعة ذلك ترجع الى المولى فاذا تزوج ولا منفعة فى عقده للمولى أولى أن لايجوز وكذلك المدبر وابن أم الولد والمكاتب لايتزوج أحد من هؤلاء بغير اذن المولى لان الرق الموجب للحجر فيهم فان اذن المولى لهم في ذلك جاز العقد فان المولى لو باشر تزويجهم جاز فكذلك اذا أذن لهم فيه الا أن فى المكاتب يحتاج الى رضاه اذا باشره المولى فان أذن له المولى فباشره المكاتب يجوز أيضاً وهذا بخلاف تزويج الامة فان المكاتب يزوج أمته بغير رضا المولى لان أمته غير مملوكة للمولى وتزويجها من عقود الاكتساب فيملكه المكاتب فاما تزويجه لنفسه ليس من عقود الاكتساب ورقبته مملوكة للمولى وعلى هذا لو أن المكاتبة زوجت أمتها جاز ذلك ولو تزوجت بنفسها لم يجز الا باذن المولى لقيام ملك المولى فى رقبتها ﴿قال﴾ ولو تزوج العبد بغير اذن مولاه فأجازه جاز لان الاجازة فى الانتهاء كاذنه في الابتداء فان طلقها العبد ثلاثا بعد اجازة المولى طلقت ثلاثا ولم يجز للعبد أن يتزوج حتى تنكح زوجا غيره لان النكاح لما صح كان العبد فى ايقاع الطلاق عليها كالحر ولو طلقها ثلاثا قبل اجازة المولى النكاح لم يقع النكاح ولكن يكون هذا متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يختص بنكاح صحيح ونكاحه بغير اذن المولى لم يكن صحيحا فلا يقع الطلاق ولكن ايقاع الطلاق يؤثر في ازالة الحل عن المحل وايقاع الفرقة اذا كان صحيحا فاذا لم يكن النكاح نكاحا صحيحا فلا يؤثر في هذين الحكمين ولكن يؤثر فى رفع الشبهة حتى لو وطئها قبل الطلاق لايلزمه الحد ولو وطئها بعد الطلاق يلزمه الحد وان لم يجز المولى ذلك العقد ولكن أذن له أن يتزوجها ابتداء فلا بأس بأن يتزوجها لان حرمة المحل بوقوع التطليقات على المحل ولم يقع هنا فلا بأس بأن يتزوجها كالصبي والمجنون اذا طلق امرأته ثلاثا لايثبت به حرمة المحل ولان النكاح لما لم يصح كان

هذا طلاقاً قبل النكاح وقال عليه الصلاة والسلام لاطلاق قبل النكاح ولوأجازالمولى ذلك النكاح فاجازته باطلة لان الاجازة انما تعمل فى حال توقف العقد وقد ارتفع العقد بما أوقعه العبد لانه يستبد بالطلاق لو أوقعه فى نكاح صحيح ارتفع النكاح فاذا أوقعه فى العقد الموقوف أولى أن يرتفع العقد به فان أذن له أن يتزوجها بعد هذا كرهت له أن يتزوجها ولو فعل لم يفرق بينهما فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لايكره ذلك وجه قوله ظاهر فان الطلاق غير واقع على المحل وحرمة المحل باعتبار وقوع الطلاق ولان اجازة المولى للعقد باطل فوجوده كعدمه ولولم يجز العقد كان له أن يتزوجها باذنه فكذلك بعد اجازته وجه قولهما ان الطلاق تصرف ينبني على النكاح واجازة العقود يتضمن اجازة ماينبني عليه فاعتبار هذا المعني يوجب نفوذ الطلاق وحرمة المحل فجعلناه معتبراً في الكراهة وان لم يكن معتبراً في حقيقة حرمة المحل ولكن هذا على أصل محمد رحمه الله تعالى غير صحيح فان عنده المشترى من الغاصب اذا أعتق ثم أجاز المولى لاينفذ عتقه وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى انما يصح هذا ان لوكان الطلاق يتوقف على أجازة المولى وقد بينا ان طلاق العبد لايتوقف على اجازة المولى لكن الوجه فيه أن نقول الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء والاذن فى الابتداء لوكان موجوداً تثبت به حرمة المحل حقيقة فكذلك بوجود صورة الاجازة فى الانتهاء تثبت الكراهة توضيحه أن العبد أهل للنكاح فى حق نفسه ولهذا لو أعتق قبل اجازة المولى نفذ نكاحه فاعتبار هذا الجانب يوجب نفوذ طلاقه واعتبار جانب حق المولى يمنع نفوذ طلاقه فلتعارض الادلة قلنالاتثبت الحرمة حقيقة ولكن تثبت صفة الكراهة احتياطاً لانه ان ترك نكاح امرأة تحل له كان خيراً له من أن يتزوج امرأة لاتحل له ﴿قال﴾ واذا تزوج العبد حرة بغير اذن مولاها ثم أعتقه المولى جاز النكاح لانه مخاطب له قول ملزم وانما امتنع نفوذ نكاحه لحق مولاه فاذا أسقط المولى حقه بالعتق فينفذ النكاح لزوال المانع وكذلك لوباعه فاجاز المشترى لان المشترى قام مقام البائع فى ملكه رقبته فكذلك في إجازة عقده وهذا لانه ماطرأ بالبيع حل نافذ على الحل الموقوف فان العبد لايحل للمشترى فلهذا كانت اجازته كاجازة البائع وعندزفر رحمه الله تعالى لاينفذ باجازة المشترى وقد بينا هذا وكذلك لو أجاز وارثه بعدموته ﴿قال﴾ ولوأذن لعبده فى النكاح لم يملك ان يتزوج الا امرأة واحدة عندنا وعند الشافعى رحمه الله

تعالى له أن يتزوج اثنتين وهذا بناء على الاصل الذى تقدم بيانه ان النكاح مملوك للمولى على عبده عندنا حتى يزوجه من غير رضاه فيكون العبد فيه نائباً عن مولاه فهو كالحر يأمر غيره ان يزوجه فلا يزوجه بمطلق الوكالة الا امرأة واحدة وعندهما النكاح غير مملوك للمولى على عبده ولكن العبد هو المالك له الا انه لا ينفذ منه بدون اذن المولى لان ضرره يتعدى الى حق المولى فاذا أذن المولى له فى ذلك فقد رضى بالتزام هذا الضرر وأسقط حق نفسه فكان للعبد أن يتزوج اثنتين ولو تزوج امرأتين فى عقدة لا يجوز نكاح واحدة منهما الا في قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول فانه يقول يجوز نكاح إحداهما والبيان فيه الى العبد بمنزلة من وكل وكيلا ان يزوجه امرأة فزوجه امرأتين عنده يصح نكاح إحداهما والخيار الى الزوج وقد تقدم بيان هذه المسئلة فان قال المولى عنيت نكاح امرأتين جاز نكاحهما لانه لو أجاز نكاح امرأتين جاز فكذلك اذا قال نويت ذلك عند الاذن لان المنوى من محتملات لفظه وهو غير متهم فى هذا البيان ﴿ قال ﴾ واذا أذن له ان يتزوج واحدة فتزوجها نكاحا فاسداً ودخل بها أخذ بالمهر فى حالة الرق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يؤخذ به حتى يعتق وأصل المسئلة ان عندهما اذن المولى لعبده فى النكاح ينصرف الى العقد الصحيح دون الفاسد لان مقصوده تحصيل العفة به للعبد وذلك انما يحصل بالعقد الصحيح دون الفاسد واستدلا بما لو حلف أن لا يتزوج ينصرف يمينه الى العقد الصحيح دون الفاسد فعرفنا به ان الفاسد ليس بنكاح فلا يتناوله اذن المولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الفساد والصحة صفة العقد والاذن من المولى فى أصل العقد فلا يتقيد بصفة دون صفة كالاذن فى البيع والشراء للوكيل أو للعبد يتناول الفاسد والصحيح جميعاً وهذا لان بعض المقاصد يثبت بالعقد الفاسد نحو النسب والمهر والعدة عند الدخول وهذا لو حلف أنه ما تزوج في الماضى وقد كان تزوج فاسداً أو صحيحاً كان حانثا في يمينه وفى المستقبل انما حملناه على العقد الصحيح لدلالة العرف فان الايمان تبنى على العرف فأما هنا اعتبار اذن المولى لدفع الضرر عنه وذلك يعم العقد الصحيح والفاسد اذا عرفنا هذا فنقول عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا دخل بها بالنكاح الفاسد فقد لزمه المهر بسبب كان مأذونا فيه من جهة المولى فيؤاخذ به فى الحال وعندهما اذن المولى لا يتناول العقد الفاسد فانما لزمه المهر بسبب غير مأذون فيه من جهة المولى فيتأخر الى ما بعد العتق

وعلى هذا لو تزوجها نكاحا صحيحا بعد هذا يجوز عندهما لان حكم اذن المولى ما انتهى بالعقد الفاسد فيكون مباشراً العقد الثاني باذنه وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح العقد الثاني لان حكم اذن المولى انتهى بالعقد الاول فيحتاج في العقد الثاني الى اذن جديد ﴿قال﴾ واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه ودخل بها ثم أجاز المولى ذلك النكاح فعليه مهر واحد وهو الذي سماه لها استحساناً لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وفي القياس عليه مهران مهر المثل بالدخول والمسمى بنفوذ العقد بالاجازة وقد بينا نظير هذا في جانب الأمة فهو كذلك في العبد وعلى هذا لو أعتقه المولى حتى نفذ العقد بعد عتقه ﴿قال﴾ واذا تزوج المكاتب بغير اذن السيد أو العبد أو المدبر ودخل بها ثم فرق بينهما السيد فلا مهر عليه حتى يعتق لان النكاح في حق المكاتب ليس من عقود التجارة ولا من اكتساب المال والمهر عند الدخول انما يجب بسبب ذلك العقد فاذا لم يكن عقد الكتابة متناولا لذلك العقد يتأخر المال الواجب بسببه الى ما بعد العتق وهذا بخلاف جناية المكاتب فان موجبه في كسبه يثبت في الحال لان وجوب ذلك باعتبار الفعل والرق لا يؤثر في الحجر عن الافعال وأما وجوب المهر هنا باعتبار العقد لان الدخول بدون العقد غير موجب للمهر ولانها راضية بهذا الدخول فلهذا يتأخر الواجب الى ما بعد العتق بمنزلة المال الواجب عليه بسبب الكفالة ﴿قال﴾ واذا زوج الرجل عبده أمته بشهود فهو جائز ولا مهر لها عليه لان المهر لو وجب كان للمولى وانما يجب في مالية العبد وماليته مملوكة للمولى فلا فائدة في وجوبه أصلا وقد بينا ان على طريق بعض أصحابنا يجب ابتداء لحق الشرع ثم يسقط لقيام ملك المولى في رقبة الزوج فان كان العبد نصرانياً أذن له مولاه في التزوج فأقامت عليه امرأة نصرانية شاهدين من النصارى انه تزوجها وهو جاحد أجزت ذلك عليه لان الخصم هو العبد الا ترى انه لو أقر بهذا النكاح ثبت باقراره فكذلك يثبت بشهادة النصارى عليه لانه نصراني الا ترى انهم لو شهدوا عليه ببيع أو شراء وهو مأذون له في التجارة كانت الشهادة مقبولة فكذلك بالنكاح فان قيل النكاح مملوك للمولي على العبد فهذه الشهادة انما تقوم على المولى وهو مسلم قلنا أصل العقد مملوك للمولى عليه ولكن حكمه وهو ملك الحل يثبت للعبد والشهود انما يشهدون لها بذلك على العبد فلهذا اعتبرنا فيه دين العبد وقلنا لو كان المولى كافراً والعبد مسلماً لم تجز شهادتهما لانها تقوم على العبد وهو مسلم وشهادة الكافر ليس بحجة على المسلم ﴿قال﴾

ولا

ولا يحل للعبد ان يتسرى وان أذن له مولاه عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى يحل لان ملك المتعة يثبت بطريقين اما عقد النكاح أو التسرى فاذا كان العبد أهلا لملك المتعة بأحد الطريقين وهو النكاح فكذلك بالطريق الآخر بل أولى لان ملك المتعة الذى يثبت بالنكاح أقوى مما يثبت بملك اليمين وحجتنا في ذلك قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم وهذه ليست بزوجة له ولا مملوكة له وعن ابن عمر رضى الله عنه قال لايحل فرج مملوكة الا لمن اذا أعتق أو وهب جاز والعبد لايجوز عتقه ولا هبته فلا يحل الفرج له بملك اليمين وهذا لان العبد مملوك مالا فلا يجوز ان يكون مالكا للمال لما بين المالكية والمملوكية من المنافاة وملك المتعة لايثبت الا بثبوت سببه فاذا كان سببه وهو ملك الرقبة لايثبت فى حق العبد فكذلك حكمه بخلاف النكاح ولان العبد ليس باهل لملك المال قبل اذن المولى ولا تأثير للاذن في جعل من ليس بأهل أهلا وانما تأثير اذن المولى فى اسقاط حقه عند قيام أهلية العبد فكان ينبغى ان لايجعل العبد أهلا لملك المتعة أصلا لان بين المالكية والمملوكية منافاة ولكن الشرع جعله أهلا لملك المتعة بسبب النكاح لضرورة حاجته الى قضاء الشهوة وابقاء النسل وهذه الضرورة ترتفع بثبوت الحل له بالنكاح فلا حاجة هنا الى ان نجعله أهلا لملك المتعة بسبب ملك الرقبة وكذلك المدبر والمكاتب والمستسعي فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب ﴿ قال ﴾ ولو ان عبداً بين رجلين زوجه أحدهما بغير اذن الآخر لم يجز لما بينا ان ولاية النكاح انما تستفاد بملك رقبة العبد وكل واحد منهما غير مالك لما يسمى عبداً ﴿قال﴾ ولايحل للعبد ان يتزوج مولاته ولا امرأة لها في رقبته شقص عندنا وعلى قول نفاة القياس رضى الله عنهم يجوز وكذلك الحر اذا تزوج أمته أو أمة له فيها شقص فهو على هذا الخلاف واستدلوا بظاهر قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء وبقوله فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وانكحوا الأيامى منكم الآية فانما خاطب الله تعالى الموالى بانكاح الاماء لا بنكاحهن ولان العبد اذا تزوج بمولاته فهى تستوجب عليه النفقة بالنكاح وهو يستوجب عليها النفقة بملك اليمين فيتقاصان ويموتان جوعاً وفى هذا من الفساد مالا يخفي والحر اذا تزوج أمته فهذا العقد غير مفيد لان موجب النكاح ملك الحل ومحل الحل ثابت له تبعا لملك الرقبة ولان النكاح انما شرع فى الاصل لضرورة الحاجة اليه وعند ملكه رقبتها لاحاجة فلم يكن

مشروعا أصلا ثم قيام الملك فى شقص منها ينزل منزلة قيام الملك فى جميعها فى حرمة النكاح احتياطاً وان كان لا ينزل منزلة ذلك فى حل الوطء وعلى هذا لو تزوج مكاتبته فالنكاح باطل لقيام الملك له في رقبتها وان كان هو ممنوعا من وطئها بسبب الكتابة فان وطئها كان لها المهر بمنزلة مالو وطئها قبل النكاح وهذا لان الحد يسقط للشبهة فيجب المهر وهى بعقد الكتابة صارت أحق بنفسها ومكاسبها والمستوفي بالوطء في حكم جزء من عينها ولو قطع المولى يدها كان الارش لها فكذلك اذا وطئها ألا ترى أن الواطئ لو كان غير المولى كان المهر لها فان عتقت بعد هذا النكاح لم يجز ذلك النكاح لانه تعين فيه جهة البطلان لملكه رقبتها فلا ينقلب صحيحا وان زال ذلك الملك وكذلك ان تزوج المكاتب مولاته ودخل بها فعليه المهر لسقوط الحد بشبهة النكاح ولا يجوز النكاح وان عتق لما قلنا وان تزوج المكاتب أو العبد بنت مولاه باذنه جاز النكاح لانه لا ملك لها فى رقبته ولا حق ملك مادام الاب حيا فان مات المولى فسد نكاح العبد لانها ملكت رقبة زوجها ارثا وملكها رقبة الزوج لو اقترن بالنكاح منع صحة النكاح فاذا طرأ على النكاح يرفع النكاح أيضا لان المنافى يؤثر سواء كان طارئا أو مقارنا فأما نكاح المكاتب لا يفسد بموت المولى عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يفسد وهو بناء على أن رقبة المكاتب لا تورث عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى تورث وأصل المسئلة ان المشغول بحاجة المورث لا يملكه الوارث عندنا كالتركة المستغرقة بالدين والمكاتب أيضا مشغول بحاجته وعند الشافعي رحمه الله تعالى كل ما كان مملوكا للمورث فاذا لم يخرج بموته من أن يكون مملوكا للمورث يصير مملوكا لوارثه وحجته على سبيل الابتداء فى هذه المسئلة انها لو تزوجت به ابتداء بعد موت المولى لا يصح النكاح فكذا لا يبقى النكاح كما فى العبد وتقريره أن الوارث خلافة ورقبة المكاتب كانت مملوكة للمولى فيخلفه وارثه فيه بعد الموت ألا ترى أنه لو عجز كان مملوكا للوارث وعجزه ليس بموجب ملك الرقبة للوارث ابتداء فعرفنا أنه كان مالكا قبل ذلك وحجتنا في ذلك أن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذلك لا يملك بالارث كالمدبر والدليل عليه انه لو أدى بدل الكتابة كان ولاؤه للمولى وانما يثبت الولاء لمن يعتق على ملكه فتبين بهذا أنه باق على ملك المولى لحاجته الى ذلك واستحقاقه ولاءه بعقد الكتابة ولهذا يملك بعد العجز لان المانع حق المولى وقد زال فيكون ذلك السبب عاملا فى ايجاب الملك بعد زوال المانع وأما اذا تزوجت

به ابتداء بعد موت المولى انما لايجوز لانه ثبت لها حق أن تملك رقبته عند زوال المانع وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع بقاءه ولهذا لو اشترى المكاتب امرأة مولاه لا يفسد النكاح ولو تزوج أمة مكاتبه لايجوز وكذلك لو اشترى المكاتب امرأة نفسه لايفسد النكاح ولو تزوجها ابتداء لم يصح وكذلك لو كفل رجل عن المكاتب بمال لابن مولاه فهو جائز فان مات أبوه كانت الكفالة على حالها ولو كفل له بمال مستقبل عنه بعد موت أبيه لم يجز ومن غير هذا الباب العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء والاباق يمنع ابتداء البيع ولا يمنع البقاء فالقياس فى هذا كثير واذا ثبت بقاء النكاح قلنا ان أعتق المكاتب فهي امرأته لانه بالعتق ازداد بعداً عنها وان عجز ورد فى الرق بطل النكاح ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها لان بطلان النكاح بقرر المنافى وذلك اذا وجد قبل الدخول أبطل النكاح من الأصل فلا يوجب شيئاً من المهر كالمحرمية وان كان قد دخل بها فلها المهر في رقبته يبطل منه بقدر حصتها لانها ملكت بعض رقبته والمولى لايستوجب على مملوكه ديناً ﴿قال﴾ رجل تزوج أمة رجل ثم اشترى بعضها قبل ان يدخل بها أو ملكها بوجه من الوجوه فسد النكاح لتقرر المنافى وهو ملكه جزءً من رقبتها ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها وان كان قد دخل بها فعليه المهر لمولاها وقد انتقض النكاح لملكه جزءً من رقبتها وان أتى العبد المرأة الحرة فاخبرها انه حر فتزوجها على ذلك ثم علمت انه عبد قد أذن له مولاه فى التزوج فهي بالخيار ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقته لانه غرها ولانها مارضيت ان يستفرشها مملوك ولانه ليس بكفء لها وقد بينا انه اذا كتم نسبه ثم ظهر ان نسبه المكتوم دون ما أظهره يكون لها الخيار فاذا أظهر الحرية وتبين الرق لان يثبت لها الخيار كان أولى فان اختارت الفرقة لاتكون هذه الفرقة الا عند القاضي بمنزلة الرد بالعيب والفسخ بعدم الكفاءة لايثبت الا بقضاء القاضى ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها لانه فسخ لأصل النكاح بينهما ﴿قال﴾ عبد تزوج امرأة باذن مولاه ولم يخبرها انه حر أو عبد ثم علمت انه عبد فان كان أولياء المرأة زوجوها منه برضاها فلا خيار لهم ولا لها لان مباشرة الأولياء العقد يكون مسقطاً حقهم فى طلب الكفاءة والزوج ماشرط لها من نفسه شيئاً فات عليها ذلك انما ظنت انه حر وظنها لا يلزم الزوج شيئاً فلهذا لاخيار لها وان كانت فعلته بدون الاولياء فلهم ان يفرقوا بينهما لانه غير كفء والمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفء فللأولياء

حق الاعتراض دفعاً للعار عن أنفسهم والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الرضاع

﴿ قال ﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وذكر عروة عن عائشة رضي الله عنهما هذا الحديث قال يحرم بالرضاع مايحرم بالولادة وفيه دليل على ان الرضاع من أسباب التحريم وانه بمنزلة النسب فى ثبوت الحرمة لان ثبوت الحرمة بالنسب لحقيقة البعضية أو شبهة البعضية وفى الرضاع شبهة البعضية بمايحصل باللبن الذي هو جزء الآدمية فى انبات اللحم وانشاز العظم واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الرضاع ما أنبت اللحم وانشز العظم وفيه دليل على أن الحرمة بالرضاع كما تثبت من جانب الأمهات تثبت من جانب الآباء وهو الزوج الذى نزل لبنها بوطئه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم شبهه بالنسب فى التحريم والحرمة بالنسب تثبت من الجانبين فكذلك بالرضاع بخلاف مايقوله بعض العلماء رحمهم الله تعالى ان لبن الفحل لا يحرم وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى احتجوا بان الله تعالى ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء فقال وامهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فلو كانت الحرمة تثبت من جانب الرجال لبينها الله تعالى كما بين الحرمة بالنسب ولان الحرمة في حق الرجل لاتثبت بحقيقة فعل الارضاع فانه لو نزل اللبن في ثندؤة الرجل فأرضع به صبيا لاتثبت الحرمة فلان لاتثبت فى جانبه بارضاع زوجته أولى وحجتنا ذلك حديث عمرة عن عائشة رضى الله عنهما قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيتى فسمعت صوت رجل يستأذن على حفصة رضى الله عنها فقلت هذا رجل يستأذن فى بيتك يارسول الله فقال صلوات الله عليه ما أراه الافلانا عماً لحفصة من الرضاع فقلت لو كان فلان عمى من الرضاع حيا أكان يدخل على فقال نعم الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة وفى حديث آخر عن عائشة رضى الله عنها قالت يارسول الله ان أفلح بن أبي قعيس يدخل على وأنا في ثياب فضل فقال صلى الله عليه وسلم ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة فقلت انما أرضعتني المرأة لا الرجل فقال صلوات الله عليه ليلج عليك فانه عمك والعم من الرضاعة لايكون الا باعتبار ابن الفحل والمعنى فيه ان سبب هذا اللبن فعل الواطئ فالحرمة التى تنبنى عليه تثبت من الجانبين كالولادة فاماما قالوا ان الله تعالى بين حرمة

الرضاع فى جانب النساء قلنا من الاحكام ماثبت بالقرآن ومنها ماثبت بالسنة فحرمة الرضاع فى جانب الرجل مما يثبت بالسنة والمعنى الذى لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لايوجد فى ارضاع الرجل فان مانزل في ثندوته لايتغذى الصبى فلا يحصل به انبات اللحم فهذا نظير وطء الميتة فى أنه لايوجب الحرمة ﴿ قال ﴾ ولا ينبغى للرجل أن يتزوج امرأة ابنه من الرضاعة ولا امرأة أبيه من الرضاعة وكذلك أجداده ونوافله وهو نظير الحرمة الثابتة بالنسب وعلى هذا الاخوات من الرضاعة اما اذا أرضعت امرأة واحدة ثنتان فهما اختان فان كان زوجها واحداً فهما اختان لاب وأم من الرضاعة وان كان زوجها مختلفاً عند الارضاعين فهما أختان لام وان كان تحت الرجل امرأتان لكل واحدة لبن منه فأرضعت كل واحدة منهما صبية فهما أختان لاب من الرضاعة لان لبنهما من رجل واحد وعموم قوله تعالى وأخواتكم من الرضاعة يتناول ذلك كله وكذلك بنات الاخ من الرضاع كبنات الأخ من النسب ألا ترى أنه لما عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت أبى سلمة رضى الله تعالى عنها قال لولم تكن ربيبتى فى حجرى ما كانت تحل لى أرضعتني وأباها ثويبة فقال على رضى الله تعالى عنه يارسول الله انك ترغب فى قريش وترغب عنا فقال هل فيكم شئ قال نعم ابنة حمزة رضى الله تعالى عنه فقال صلى الله عليه وسلم انها ابنة أخى من الرضاعة ﴿ قال ﴾ واذا كان للمرأة لبن وطلقها زوجها وتزوجت آخر فحبلت من الآخر ونزل لها اللبن فاللبن من الاول حتى تلد فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فاذا ولدت فاللبن بعد ذلك يكون من الثانى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا عرف أن هذا اللبن من الحبل الثانى فهو من الآخر وقد انقطع اللبن الاول وعنه فى رواية اذا حبلت من الثانى انقطع حكم لبن الاول وقال محمد رحمه الله تعالى أستحسن أن يكون منهما جميعاً حتى تضع من الآخر وجه قوله ان ماكان بها من اللبن فهو من الاول وما ازداد بسبب الحبل فهو من الثانى وباب الحرمة مبنى على الاحتياط فتثبت الحرمة منهما جميعاً كما اذا حلب لبن امرأتين فى قارورة وأوجر صبياً فاذا وضعت من الثانى فقد انتسخ سبب لبن الاول باعتراض مثله عليه فلهذا كان اللبن من الثانى بعده وأبو يوسف يقول اللبن ينزل تارة بعد الولادة وتارة بعد الحبل قبل الولادة فاذا عرف نزول اللبن من الثانى انتسخ به حكم اللبن من الاول كما ينتسخ بالولادة من الثانى وعلى الرواية الأخرى يقول لما كان الحبل سببا لنزول اللبن وحقيقة نزول اللبن من الثانى باطل فيقام السبب

الظاهر مقام المعنى الباطن تيسيراً فينتسخ به حكم لبن الأول وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كون اللبن من الاول ثابت بيقين واللبن يزداد تارة وينقص أخرى باعتبار الغذاء فهذه الزيادة تحتمل أن تكون من قوة الغذاء لامن الحبل الثانى فلا ينتسخ به حكم اللبن من الاول حتى يعترض مثل ذلك السبب من الثاني وذلك يكون بالولادة ﴿قال﴾ ولا يجتمع حكم الرضاع لرجلين على امرأة واحدة فى حالة واحدة لان سببهما لايجتمع حلالا شرعا فكذلك ماينبنى على ذلك السبب ولكن مابقى الاول لايثبت الثانى واذا ثبت الثانى انتفى الاول ﴿قال﴾ ولا يجوز له أن يتزوج امرأة أرضعته رضاعا قليلا أو كثيراً عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لاتثبت الحرمة الا بخمس رضعات يكتفى الصبي بكل واحدة منها ومن أصحاب الظواهر من اعتبر ثلاث رضعات لايجاب الحرمة واستدل من شرط العدد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان . وفى حديث عمرة عن عائشة رضي الله تعالى عنهما قالت كان فيما أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعد ذلك وحجتنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم أثبت الحرمة بفعل الارضاع فاشتراط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لايثبت بخبر الواحد . وفى حديث على رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الرضاع قليله وكثيره سواء يعني فى ايجاب الحرمة ولأن هذا سبب من أسباب التحريم فلايشترط فيه العدد كالوطء أما حديث عائشة رضى الله تعالى عنها فضعيف جداً لانه اذا كان متلواً بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ونسخ التلاوة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لايجوز فلماذا لايتلى الآن وذكر فى الحديث فدخل داجن البيت فأكله وهذا يقوى قول الروافض الذين يقولون كثير من القرآن ذهب بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يثبته الصحابة رضي الله تعالى عنهم فى المصحف وهو قول باطل بالاجماع ولو ثبت أن هذا كان فى وقت من الاوقات فانما كان فى الوقت الذي كان ارضاع الكبير مشروعا وعليه يحمل الحديث الثانى فان انبات اللحم وانشاز العظم فى حق الكبير لايحصل بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ بانتساخ حكم ارضاع الكبير على مانبينه ان شاء الله تعالى ﴿ قال ﴾ والسعوط والوجور يثبت الحرمة لانه مما يتغذى به الصبي فان السعوط يصل الى الدماغ فيتقوى به والوجور يصل الى الجوف

فيحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فاما الاقطار فى الأذن لا يوجب الحرمة لان الظاهر انه لايصل الى الدماغ لضيق ذلك الثقب وكذلك الاقطار في الاحليل فان أكثر مافيه انه يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي عادة وكذلك الحقنة فى ظاهر الرواية الا في رواية عن محمد رحمه الله تعالى قال اذا احتقن صبي بلبن امرأة تثبت به الحرمة لان ذلك يصل الى الجوف الا ترى انه يفسد به الصوم ولكنا نقول ليس الموجب للحرمة عين الوصول الى الجوف بل حصول معني الغذاء ليثبت به شبهة البعضية وذلك انما يحصل من الأعالي لا من الأسافل ثم بين من يحرم بسبب الرضاعة والحاصل فيه مابينا انه بمنزلة النسب فكما ان الحرمة الثابتة بالنسب في حق الأمهات والبنات تتعدي الى الجدات والنوافل والعمات والخالات فكذلك بسبب الرضاع ﴿قال﴾ ولا رضاع بعد الفصال بلغنا ذلك عن علي وابن مسعود رضى الله عنهما وهكذا رواه جابر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لارضاع بعد الفصال ولا يتم بعد الحلم ولا صمت يوم الى الليل ولا وصال فى صيام ولا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك ولا وفاء في نذر في معصية ولا يمين فى قطيعة رحم ولا تغرب بعد الهجرة ولا هجرة بعد الفتح والكلام هنا فى فصول أحدها ان الحرمة لاتثبت بارضاع الكبير عندنا وعلى قول بعض الناس تثبت الحرمة لحديث سهلة امرأة أبي حذيفة رضى الله عنهما فانها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ماانتسخ حكم التبني بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم فقالت يارسول الله ان أبا حذيفة تبنى سالماً فكنا نعده ولداً له وان لنا بيتاً واحداً فماذا ترى فى شأنه وفي رواية وانه يدخل عليّ وأناأرى الكراهة فى وجه أبي حذيفة رضي الله عنه فقال صلي الله عليه وسلم ارضعى سالما خمساتحرمين بها عليه وبهذا الحديث أخذت عائشة رضى الله عنها حتى كان اذا أراد ان يدخل عليها أحدمن الرجال أمرت اختها أم كلثوم رضى الله عنها أوبعض بنات أختهاان ترضعه خمسا ثم كان يدخل عليها الا أن غيرهامن نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم كن يأبين ذلك ويقلن لانرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ثم هذا الحكم انتسخ بقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع ماأنبت اللحم وانشز العظم وذلك في الكبير لايحصل وقال صلى الله عليه وسلم الرضاعة من المجاعة يعني مايرد الجوع وذلك بارضاع الكبير لايحصل وفى حديث أبي هريرة رضى الله عنه قال الرضاع مافتق الامعاء وكان قبل الطعام والصحابة رضى الله

عنهم اتفقوا على هذا فقد ذكر في الكتاب عن علي وابن مسعود رضي الله عنهم قالا لارضاع بعد الفصال وروى ان اعرابياً ولدت امرأته ومات الولد فانتفخ ثديها من اللبن فجعل يمصه ويمج فدخل بعض اللبن في حلقه فجاء الى أبي موسى الاشعري رضي الله عنه وسأله عن ذلك فقال حرمت عليك فجاء الى ابن مسعود رضي الله عنه وسأله عن ذلك فقال هي حلال لك فاخبره بفتوى أبي موسى فقام معه الى أبي موسى ثم أخذ بأذنه وهو يقول أرضيع فيكم هذا اللحياني فقال أبو موسى رضي الله عنه لاتسألوني عن شيء مادام هذا الحبر بين أظهركم وجاء رجل الى عمر رضي الله عنه فقال ان لي جارية فارضعتها امرأتي فدخلت البيت فقالت خذها دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر رضي الله عنه عزمت عليك ان تأتي امرأتك فتضربها ثم تأتي جاريتك فتطأها وروى نحو هذا عن ابن عمر رضي الله عنهما فثبت بهذه الآثار انتساخ حكم إرضاع الكبير/ ثم اختلف العلماء في المدة التي تثبت فيها حرمة الرضاع فقدر أبو حنيفة رحمه الله تعالى بثلاثين شهراً وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قدرا ذلك بحولين وزفر قدر ذلك بثلاث سنين فاذا وجد الارضاع في هذه المدة تثبت الحرمة والا فلا واستدلا بظاهر قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ولازيادة بعد التمام والكمال وقال الله تعالى وفصاله في عامين ولارضاع بعد الفصال ولان الظاهر أن الصبي في مدة الحولين يكتفي باللبن وبعد الحولين لايكتفي به فكان هو بعد الحولين بمنزلة الكبير في حكم الرضاع وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً وظاهر هذه الاضافة يقتضي أن يكون جميع المذكور مدة لكل واحد منهما الا أن الدليل قد قام على أن مدة الحبل لاتكون أكثر من سنتين فبقي مدة الفصال على ظاهره وقال الله تعالى فان أراد افصالا عن تراض منهما وتشاور الآية فاعتبر التراضي والتشاور في الفصلين بعد الحولين فذلك دليل على جواز الارضاع بعد الحولين وقال الله تعالى وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم قيل بعد الحولين اذا أبت الامهات ولأن اللبن كما يغذي الصبي قبل الحولين يغذيه بعده والفطام لايحصل في ساعة واحدة لكن يفطم درجة فدرجة حتى ينسي اللبن ويتعود الطعام فلا بد من زيادة على الحولين بمدة واذا وجبت الزيادة قدرنا تلك الزيادة بأدنى مدة الحبل وذلك ستة أشهر اعتبارا للانتهاء بالابتداء وبهذا يحتج زفر رحمه الله تعالى

ايضاً

أيضا الا أنه يقول لما وجب اعتبار بعض الحول وجب اعتبار كله وتقدر مدة الفطام بحول لانه حسن للاختبار والتحول به من حال الى حال ﴿قال﴾ فان فطم الصبي قبل الحولين ثم أرضع في مدة ثلاثين شهراً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أو في مدة الحولين عندهما فالظاهر من مذهبهما وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه تثبت به الحرمة لوجود الارضاع في المدة فصار الفطام كان لم يكن وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال هذا اذا لم يتعود الصبي الطعام حتى لا يكتفي به بعد هذا الفطام فاما اذا صار بحيث يكتفى بالطعام لا تثبت الحرمة برضاعه بعد ذلك لانه بعد ما صار بحيث يكتفي بالطعام فاللبن بعده لا يغذيه ولا يحصل به معنى البعضية بيانه في حديث أبي هريرة رضى الله عنه قال وكان قبل الطعام أى قبل ان يكتفي بالطعام ﴿قال﴾ ولا بأس بأن يتزوج الرجل أم ابنه التي أرضعته لانه لا بأس بذلك من النسب فكذلك من الرضاعة وكذلك لا بأس بان يتزوج ابنها وهذا من النسب لا يحل ان يتزوج أخت ابنه لا لأجل النسب ولكن لانها ربيبته لانه وطىء أمها وهذا لا يوجد في الرضاع فلهذا جاز له ان يتزوجها وكذلك يتزوج أخت أخته من الرضاع ومثله من النسب يحل لانه اذا تزوج أخت أخته من النسب يحل ذلك بان كان له أخ لاب وأخت لام فلاخيه لابيه ان يتزوج أخته لامه لانه لا نسب بينهما موجب للحرمة فكذلك في الرضاع وكذلك لا بأس بان يتزوج ابنة عمه من الرضاعة أو ابنة عمته أو ابنة خاله أو ابنة خالته كما لا بأس به من النسب وكذلك لا بأس بأن يتزوج التى أرضعت أخاه أو مابداله من ولدها لانه لا رضاع بينه وبينهم ﴿قال﴾ ولا يجمع الرجل بين أختين من الرضاعة ولا بين المرأة وابنة أختها أو ابنة أخيها وكذلك كل امرأة ذات رحم محرم منها من الرضاعة الاصل الذي بينا في النسب ان كل امرأتين لو كانت احداهما ذكراً والاخرى أنثى لم يجز للذكر ان يتزوج الانثى فانه يحرم الجمع بينهما بالقياس على حرمة الجمع بين الاختين فكذلك من الرضاعة وتبين بهذا ان حرمة هذا الجمع ليس لقطيعة الرحم فانه ليس بين الرضيعتين رحم وحرمة الجمع بينهما ثابتة ﴿قال﴾ واذا ولدت المرأة من الرجل ثم طلقها وتزوجت بزوج آخر وأرضعت بابن الاول ولداً وهي تحت الزوج الثاني فالرضاع من الزوج الاول دون الثاني لان المعتبر من كان نزول اللبن منه لا من هي تحته ونزول هذا اللبن كان من الاول ﴿قال﴾ ولا يجوز شهادة امرأة واحدة على الرضاع أجنبية كانت أو أم أحد الزوجين ولا

يفرق بينهما بقولها ويسعه المقام معها حتى يشهد على ذلك رجلان أو رجل وامرأتان عدول وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يثبت الرضاع بشهادة أربع نسوة بناء على مذهبه ان فيما لايطلع عليه الرجال يعتبر فيه أربع نسوة لتقوم كل امرأتين مقام رجل وزعم أن الرضاع مما لايطلع عليه الرجال لانه يكون بالثدي ولا تحل مطالعته للاجانب ولكنا نقول الرضاع ممايطلع عليه الرجال لان ذا الرحم المحرم ينظر الى الثدي وهومقبول الشهادة في ذلك ولان الحرمة كما تحصل بالارضاع من الثدي تحصل بالايجار من القارورة وذلك يطلع عليه الرجال فلا تقبل فيه شهادة النساء وحدهن وكان مالك رحمه الله تعالى يقول تثبت حرمة الرضاع بشهادة امرأة واحدة اذا كانت عدلا وهكذا روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه واستدل بحديث عقبة بن الحارث رحمه الله تعالى أنه تزوج ابنة أبي هانئ فجاءت امرأة سوداء وأخبرت أنها أرضعتهما فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض عنه ثم ذكر ثانياً فأعرض عنه ثم ثالثاً فقال فارقها اذن فقال انهاسوداء يارسول الله قال كيف وقد قيل وحجتنا في ذلك حديث عمر رضى الله تعالى عنه قال لايقبل في الرضاع الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولان سبب نزول هذه الحرمة مما يطلع عليه الرجال فلا يثبت الابشهادة رجلين أو رجل وامرأتين كالحرمة بالطلاق وحديث عقبة بن الحارث رحمه الله تعالى دليلنا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرض عنه في المرة الاولى والثانية فلوكانت الحرمة ثابتة لما فعل ذلك ثم لمارأى منه طمأنينة القلب الى قولها حيث كرر السؤال أمره أن يفارقها احتياطا والدليل عليه أن تلك الشهادة كانت عن ضغن فانه قال جاءت امرأة سوداء تستطعمنا فأبينا أن نطعمها فجاءت تشهد على الرضاع وبالاجماع بمثل هذه الشهادة لاتثبت الحرمة فعرفنا أن ذلك كان احتياطاً على وجه التنزه واليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله كيف وقد قيل وعندنا اذا وقع في قلبه أنها صادقة فالاحوط أن يتنزه عنها ويأخذ بالثقة سواء أخبرت بذلك قبل عقد النكاح أو بعدعقدالنكاح وسواء شهد به رجل أو امرأة فأما القاضي لايفرق بينهما مالم يشهد به رجلان أورجل وامرأتان لان خبر الواحد اذا كان ثقة حجة في أمور الدين وليس بحجة في الحكم والقاضي لايفرق بينهما الابالحجة الحكمية فاما اذا قامت عنده حجة دينية يفتى له بأن يأخذ بالاحتياط لانه إن ترك نكاح امرأة تحل له خير من أن يتزوج امرأة لاتحل له ﴿قال﴾ واذا نزل للمرأة لبن وهي بكر لم تتزوج فارضعت

شخصاً صغيراً فهو رضاع لان المعنى الذى يثبت به حرمة الرضاع حصول شبهة الجزئية بينهما ولذى نزل لها من اللبن جزء منها سواء كانت ذات زوج أولم تكن ولبنها يغذى الرضيع فتثبت به شبهة الجزئية ﴿ قال ﴾ واذا حلب اللبن من تدى المرأة ثم ماتت فشربه صبي تثبت به الحرمة لحصول المعنى الموجب للحرمة بهذا اللبن ولا معتبر بفعلها فى الارضاع ألا ترى انها لوكانت نائمة فارتضع من ثديها الصبى تثبت الحرمة وكذلك الايجار لو حصل في حياتها تثبت الحرمة فكذلك بعد موتها ﴿ قال ﴾ وكذلك لو حلب اللبن من ثديها بعد موتها فأوجر الصبي تثبت به الحرمة عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لاتثبت وهو بناء على أصلين أحدهما أن اللبن لايموت عندنا لانه لاحياة فيه ألا ترى أنه يحلب في حالة الحياة من الحيوان فيكون طاهراً وما فيه الحياة اذابان من الحى يكون ميتاً فاذا لم يكن في اللبن حياة لاينتجس بالموت بل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يبقى طاهراً وعندهما يتنجس بنجاسة الوعاء كما فى أنفحة الميتة فكانه حلب لبن امرأة فى قارورة نجسة فاوجر الصبى به فيثبت به الحرمة وعند الشافعى رحمه الله تعالي اللبن يموت فيكون نجس العين وثبوت حرمة الرضاع باعتبار معنى الكرامة فلا تثبت بما هو نجس العين والاصل الثانى أن عنده الفعل الذى هو حرام بعينه وهو الزنا لايوجب حرمة المصاهرة لان ثبوتها بطريق الكرامة فكذلك ايجار لبن الميتة حرام فلا تثبت به الحرمة ثم قاس لبن الميتة بوطء الميتة ولكن عندنا وان كان الفعل حراما تثبت به الحرمة اذا تحقق فيه المعنى الموجب للحرمة ولهذا أثبتنا الحرمة بالزنا لان معني البعضية لاينعدم به حقيقة فكذا هنا ثبوت الحرمة باعتبار ان اللبن يغذى الصبي فيتقوى به ولوسلمنا له حرمة اللبن بالموت فبالحرمة لايخرج من أن يكون مغذيا ألا ترى ان لحم الميتة مغذ فكذلك لبنها وبه فارق وطء الميتة لان معنى البعضية ينعدم منه أصلا وهو معنى ماقال فى الكتاب الجماع بعد الموت ليس بجماع وايجار لبن الميتة رضاع وشبه اللبن بالبيضة فان بالموت لا تخرج البيضة أن تكون مغذية فكذا اللبن ﴿ قال ﴾ ولو أرضع الصبيان من بهيمة لم يكن ذلك رضاعاً وكان بمنزلة طعام أكلاه من اناء واحد ومحمد بن اسماعيل صاحب الاخبار رحمه الله تعالى يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارى فى زمن الشيخ الامام أبى حفص رحمه الله تعالى وجعل يفتي فقال له الشيخ رحمه الله تعالى لاتفعل فلست هنالك فابى ان يقبل نصحه حتى استفتى عن هذه المسألة اذا أرضع صبيان بلبن شاة

فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخاري بسبب هذه الفتوى وهذا لان ثبوت الحرمة بسبب الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون لبن الانعام وشبهة الجزئية لايثبت بين الآدمي والانعام بشرب لبنها فكذلك لاتثبت بين الآدميين بشرب لبن بهيمة وهذا قياس حرمة المصاهرة التي تثبت بالوطء ولا تثبت بوطء البهائم فكذلك هنا ﴿قال﴾ ولو صنع لبن امرأة فى طعام فأكله الصبي فان كانت النار قد مست اللبن وأنضجت الطعام حتى تغير فليس ذلك برضاع ولا يحرم لان النار غيرته فانعدم بها معنى التغذي باللبن وانبات اللحم وانشاز العظم وان كانت النار لم تمسه فان كان الطعام هو الغالب لا تثبت به الحرمة أيضاً لان المغلوب فى حكم المستهلك ولأن هذا أكل والموجب للحرمة شرب اللبن دون الاكل وان كان اللبن هو الغالب فكذلك فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تثبت به الحرمة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تثبت به الحرمة لان الحكم للغالب والغالب هو اللبن ولم يغيره شيء عن حاله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القاء الطعام فى اللبن يغيره ألا ترى أنه يرق به وربما يتغير بهلونه فكان بمنزلة ما لو غيرته النار وقيل هذا اذا كان لا يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة وأما اذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح أنه لاتثبت على كل حال عنده لان التغذى كان بالطعام دون اللبن ﴿ قال ﴾ واذا جعل لبن امرأة فى دواء فأوجر منه صبياً أو اسعط منه واللبن غالب فهذا رضاع لانه انما يجعل فى الدواء ليصل بقوة الدواء الى ما لا يصل اليه وحده فكان هذا أبلغ في حصول معنى التغذى به فلهذا تثبت به الحرمة ﴿ قال ﴾ وان جعل اللبن فى ماء فشربه الصبي فان كان اللبن هو الغالب تثبت به الحرمة وان كان الماء غالباً لا تثبت به الحرمة وكذلك ان خلط لبن الآدمية بلبن الانعام وعند الشافعي رحمه الله تعالي قدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن اذا جعل في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة فأما اذا خلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى ثم أوجر منه صبيا فعلى قول محمد رحمه الله تعالى تثبت الحرمة منهما جميعاً لان الشيء يكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا به وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تثبت به الحرمة بينه وبين من يكون لبنها غالبا لان المغلوب لايظهر حكمه فى مقابلة الغالب وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان في احداهما اعتبر الاغلب كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وفى الأخرى قال

تثبت الحرمة منهما وهو قول زفر رحمه الله تعالى وأصل المسئلة فيما اذا حلف لايشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه فهو على هذا الخلاف ﴿قال﴾ الرضاع بمنزلة النسب والوطء فى اثبات حرمة المصاهرة لافرق بين أن يوجد فى دار الحرب أوفى دار الاسلام ﴿قال﴾ واذاجامع الرجل المرأة أولمسها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة لم تحل لابنه ولا لابيه من الرضاعة ولا تحل له أمها ولا ابنتها من الرضاعة كما لا تحل لابنه وأبيه نسباً فان هذه الحرمة تعلقت بأسامٍ تثبت تلك الاسامى بالرضاعة وهى الأبوة والامومة وكذلك لايتزوج على المعتدة منه أختها من الرضاعة ولا ذات رحم محرم منها لان حرمة الجمع متعلقة باسم الاختية وذلك يتحقق بالرضاع كما يتحقق بالنسب والعدة تعمل عمل صلب النكاح فى المنع من النكاح ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل الصبية فارضعتها أمه من الرضاعة أوأمه التى ولدته أو أخته من نسب أو رضاع أو امرأة ابنه بلبن ابنه من نسب أو رضاع حرمت عليه لان المحرمية تمنع النكاح بعلة المنافاة فان بين الحل والحرمة فى المحل منافاة والمنافي كما يؤثر اذا اقترن بالنسب ينافى البقاء اذا طرأ عليه فاذا حرمت عليه لزمه بذلك نصف المهر لها لان الفرقة قبل الدخول حصلت لابمعنى من جهتها أو حصلت بمعني من جهة الزوج وهى المحرمية فيجب نصف الصداق لها ويرجع بذلك على التى أرضعتها ان كانت أرادت الفساد أو عمدت ذلك وان كانت أخطأت أو أرادت الخير بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لم يرجع به عليها والقول فيه قولها ان لم يظهر منها تعمد الفساد لانه شئ في باطنها لايقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه وانما يختلف الجواب فى نيتها اذا أرادت الفساد أولم ترد لانها مسببة لهذه الفرقة لا مباشرة فانها مباشرة للارضاع وهوليس بسبب موضوع للفرقة والمسبب اذا كان متعديا فى تسببه يكون ضامنا وان لم يكن متعديا لايضمن كحافر البئر فى ملك نفسه لايضمن مايسقط فيه بخلاف الحافر فى ملك الغير فاذا أرادت الفساد كانت متعدية فى السبب واذا لم ترد الفساد لم يكن متعدية في السبب وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى انه يرجع عليها بنصف الصداق على كل حال فان من أصله ان المتسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان وفى المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء فكذلك فى التسبب على قوله وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يرجع عليها بمهر مثل المنكوحة لانها أتلفت ملك نكاحه فيها وملك

النكاح عنده مضمون بالاتلاف حتى قال في شاهدى الطلاق بعد الدخول اذا رجعا ضمنا مهر المثل وهذا لان ملك البضع يتقوم عند دخوله في ملك الزوج بمهر المثل فكذلك عند خروجه عن ملكه ولكنا نقول ان ملك النكاح ليس بمتقوم فى نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة انما هو ملك ضرورى لايظهر الا في حق الاستيفاء . ألا ترى أنه لايظهر في حق النقل الى الغير والانتقال الى الورثة فكذلك فى حق التقوم بالمال ولانه ليس بمال فى نفسه فلا يكون مضمونا بالمال لان ضمان الاتلاف مقدر بالمثل بالنص وتقوم البضع عند دخوله في ملك الزوج للضرورة لانه تملك للبضع وهو محترم فلا يثبت الا بعوض وهذه الضرورة لاتوجد عند الخروج من ملكه لانه ابطال للملك لاتمليك منها وابطال الملك لايستدعى التقوم والدليل على الفرق أن الاب يزوج ابنه الصغير بمال الصغير وليس له أن يخلع ابنته الصغيرة بمالها فاذا ثبت أنه غير متقوم عند خروجه من ملكه لم يجب الضمان عليها باتلاف البضع ولكنها قررت عليه ما كان على شرف السقوط فان الصداق وان وجب بالعقد فهو بعرض السقوط مالم يدخل بها اذا جاءت الفرقة من قبلها فهى قررت النصف عليه بما فعلته وهى متسببة فى ذلك متعدية اذا تعمدت الفساد فلهذا رجع عليها بذلك ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل الصبية ثم تزوج عمتها فنكاح العمة باطل للنهى فان أرضعت أم العمة الصبية لم يفرق بينه وبينها لأن الصبية وان صارت أختا للعمة بالرضاعة ولكن لم يصح نكاح العمة فلم يتحقق الجمع الحرام فلهذا بقى نكاح الصبية ﴿قال﴾ واذا تزوج صبيتين رضيعتين فارضعتهما امرأة معا أو احداهما بعد الاخرى بانتا جميعاً لانهما صارتا أختين حين أرضعت الثانية منهما فتقرر الجمع المنافى وليست احداهما ببطلان نكاحها بأولى من الاخرى فاذا بانتا فلكل واحدة منهما نصف الصداق يرجع بذلك على المرضعة ان تعمدت الفساد لما قلنا ولو كن ثلاثا فارضعتهن معا بأن حلبت لبنها فى قارورة والقمت احدى ثدييها احداهن والاخرى للاخرى واوجرت الثالثة معا بن جميعا منه لانهن صرن أخوات معاً وان أرضعتهن واحدة بعد الاخرى بانت الاوليان والثالثة امرأته لانها حين أرضعت الثانية فقد تحققت الاختية بينها وبين الاولى فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثالثة وليس فى نكاحه غيرها ففي نكاحها وان كن أربعا فارضعتهن معاً أو واحدة ثم الثلاث معا بن جميعاً وكذلك ان أرضعتهن جميعا واحدة بعد الاخرى لانه حين أرضعت الثانية بانت الاوليان للاختية وحين أرضعت الثالثة والرابعة بانت الاخريان أيضاً

للاختية وان أرضعت الثلاث أولا ثم الرابعة بانت الثلاثة الاول دون الرابعة لانها حين أرضعتها فليس في نكاحه غيرها ﴿ قال ﴾ وان تزوج امرأة وصبيتين فارضعتهما المرأة احداهما قبل الاخرى ولم يدخل بالمرأة حرمت المرأة والصبية الأولى لانها حين أرضعت احداهما فقد صارتا اما وابنتا فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فبقى نكاحها لان السابق مجرد العقد على الام وذلك لايوجب حرمة البنت ثم لا مهر للكبيرة لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة ليست من قبلها انما كانت من جهة الكبيرة حين أرضعتها فان اللبن يصل الى جوفها من غير فعل منها في الارتضاع ويرجع بذلك على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد لما قلنا ولا تحل له هذه الكبيرة أبداً لان مجرد العقد على البنت يوجب حرمة الام وأما الصبية فانها تحل له اذا فارقته التي عنده لان العقد على الام لايوجب حرمة البنت وان كان بعد ما دخل بالكبيرة حرمن عليه لانهما صارتا ابنتها من الرضاعة والدخول بالام يحرم البنت ثم للكبيرة مهرها ولكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر ولا يحل له واحدة منهن أبداً لوجود الدخول بالام وصحة العقد على البنت ﴿ قال ﴾ واذا تزوج كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل واحدة من الكبيرتين صغيرة وقعت الفرقة بينه وبينهن لان كل صغيرة صارت بنتاً لمن أرضعتها والجمع بين الام والبنت في النكاح حرام فان كانت أرضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعت الكبيرة الاخرى الصغيرتين وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فأما الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فقد بانتا لما قلنا والصغيرة الثانية لم تبن منه بارضاع الكبيرة الاولى فاما بارضاع الكبيرة الثانية فان بدأت بارضاعها بانت منه وان بدأت بارضاع الاولى فالصغيرة الثانية امرأته لانها حين أرضعت الاولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغيرة الاولى فيما سبق ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فلهذا لاتقع الفرقة بينه وبينها ﴿ قال ﴾ واذا أقر الرجل أن هذه المرأة أخته أو أمه أو ابنته من الرضاعة ثم أراد بعد ذلك أن يتزوجها وقال أوهمت أو أخطأت أو نسيت وصدقته المرأة فهما مصدقان على ذلك وله أن يتزوجها وان ثبت على قوله الاول وقال هو حق كما قلت ثم تزوجها فرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وهذا استحسان وفي القياس الجواب في الفصلين سواء لانه أقر بأنها محرمة عليه على التأبيد والمقر به يجعل في حق المقر كالثابت بالبينة أو بالمعاينة والرجوع عن الاقرار

باطل لانه ملزم بنفسه فسواء رجع أو ثبت كان النكاح باطلا بزعمه فيفرق بينهما ولا مهر لها عليه ولكنه استحسن فقال هذا شئ يقع فيه الاشتباه فقد يقع عند الرجل أ بينه وبين امرأته رضاع فيخبر بذلك ثم يتفحص عن حقيقة الحال فيتبين له أنه قد غلط فى ذلك وفيما يقع الاشتباه اذا أخبر أنه غلط فيه يجب قبول قوله شرعا لوجهين (أحدهما) أن الحل والحرمة من حق الشرع فاذا تصادقا على أنهما قد غلطا فليس هنا من يكذبهما فى خبرهما (والثانى) أن اقراره في الابتداء لم يكن على نفسه إنما كان عليها بحرمتها عليه والحل والحرمة صفة المحل واقرار الانسان على الغير لايكون لازما فاذا ذكر أنه غلط فيه فهو لايريد بهذا ابطال شئ لزمه فلهذا قبل قوله فى ذلك وإن أقرت المرأة بذلك وأنكر الزوج ثم أكذبت المرأة نفسها وقالت أخطأت فالنكاح جائز وكذلك لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها فالنكاح جائز ولا تصدق المرأة على قولها لان حقيقة الحرمية لاتثبت بالاقرار فانه خبر محتمل متمثل بين الصدق والكذب ولكن الثابت على الاقرار كالمجدد له بعد العقد واقرارها بالحرمية بعد العقد باطل فكذلك اقرارها به قبل العقد واما اقراره بالحرمة بعد العقد صحيح موجب للفرقة وكذلك إذا أقر به قبل العقد وثبت على ذلك حتى تزوجها فان قيل كان ينبغي أن يجب لها نصف المهر كما لو ابتدأ بعد النكاح قلنا انما لايجب لوجود التصديق منها على بطلان أصل النكاح أو لانه غير متهم بالقصد الى اسقاط المهر اذ سبق الاقرار منه بوجوب المهر بالنكاح يوضح الفرق بينهما ان الاقرار انما يصح اذا كان مؤثرا في الملك اما بالمنافاة أو بالازالة واقرار الرجل مؤثر فى ذلك فكان معتبرا فى المنع من صحة النكاح اذا ثبت عليه واقرار المرأة غير مؤثر فى ذلك فلا يمنع صحة النكاح ﴿ قال ﴾ واذا أقر الزوج بهذه المقالة وثبت عليها وأشهد الشهود ثم تزوجته المرأة ولم يعلم بذلك ثم جاءت بهذه الحجة بعد النكاح فرق بينهما ولا ينفعه جحوده لانه لما ثبت على مقالته فى الابتداء وزعم أنه حق لاغلط فيه فقد لزمه حكم اقراره وصار كالمجدد لذلك الاقرار بعد النكاح فيفرق بينهما ولا ينفعه الجحود ولو أقر بذلك جميعا ثم كذبا أنفسهما وقالا أخطأنا ثم تزوجها فالنكاح جائز وكذلك هذا الباب في النسب ليس يلزم من هذا الا ما بينا عليه لان الغلط والاشتباه فيه أظهر فان سبب النسب أخفي من سبب الرضاع فكما ان هناك الاقرار بدون الثبات عليه لايوجب الحرمة فكذلك هنا ﴿ قال ﴾ ولو تزوج امرأة ثم قال لها بعد

النكاح هي أختي أو ابنتي أو أمي من الرضاعة ثم قال أخطأت أو أوهمت فالنكاح باق استحسانا ولو ثبت على هذا النطق وقال هو حق فشهدت عليه الشهود بذلك فرق بينهما ولو جحد ذلك لم ينفعه جحوده لان اقراره انما كان موجبا للفرقة بشرط الثبات عليه فان قال اوهمت فقد انعدم ماهو شرطه فلا يوجب الفرقة واذا ثبت على ذلك وجد ماهو شرط الاقرار فثبت حكمه وهو الفرقة ثم لا ينفعه جحوده بعد ذلك وكذلك لو قال هذه أختي أو هذه ابنتي وليس لها نسب معروف ثم قال أوهمت يصدق في ذلك بخلاف ما اذا قال لعبده أو أمته هذا ابني او هذه ابنتي ثم قال أوهمت فانه يعتق عليه ولا يصدق في ذلك والفرق من وجهين أحدهما ان اقراره بالنسب في عبده وأمته ملزم بنفسه لان لما أقر به موجبا في ملكه وهو زوال الملك فان من اشترى ابنه يصح الشراء ويعتق عليه فاذا كان لما أقر به موجب في ملكه كان هو مقراً به في ملك نفسه واقرار الانسان في ملك نفسه ملزم فلهذا يتم بنفسه ثبت عليه أو لم يثبت فاما اقراره بنسب زوجته لاموجب له في ملكه لان من تزوج ابنته لا يصح النكاح أصلا لاان يثبت النكاح ثم يزول وانما لا يصح النكاح بحرمة المحل فوجب اقراره هنا لا يظهر في ملكه وانما يظهر في المحل ولا حق له في المحل لان الحل والحرمة صفة المحل فلم يكن اقراره متناولا لملكه ابتداء فلا يكون ملزما الا اذا ثبت عليه فحينئذ بحكم الثبات عليه يتعدى ضرره الى ملكه فيلزمه من هذا الوجه والثاني ان الاشتباه لا يقع بين العبد والابن بل عبده في الغالب مباين لابنه في المطعم والملبس والمجلس فاذا كان الاشتباه يندر فيه لا يعتبر فاما الاشتباه قد يقع بين زوجته وابنته لتقاربهما في المطعم والملبس والمجلس فلهذا يعذر اذا قال أوهمت ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته هذه ابنتي وثبت على ذلك ولها نسب معروف لم يفرق بينهما وكذلك لو قال هي أمي وله أم معروفة لانه مكذب شرعا فيما أقر به وتكذيب الشرع اياه أقوى من تكذيبه نفسه ولو كذب نفسه وقال أوهمت لم يفرق بينهما فكذا اذا أكذبه الشارع وبه فارق العبد لان هناك لو أكذب نفسه كان حراً فكذلك اذا أكذبه الشرع بأن كان ثابت النسب من غيره والمعنى ما قلنا أن اقراره بنسب العبد مصادف ملكه وهو مصدق فيما يقر به في ملك نفسه فيثبت به العتق وان امتنع بثبوت النسب لكونه معروف النسب من الغير فأما اقراره بنسب امرأته لا يصادف ملكه ابتداء وانما يصادف المحل فيثبت به حرمة المحل ثم ينبني عليه انتفاء الملك

وهنا حرمة المحل لم تثبت حين كانت معروفة النسب من الغير فلهذا لا يبطل النكاح وان لم تكن معروفة النسب من الغير ومثلها يولد لمثله وثبت على ذلك فرق بينهما ولكنه لا يثبت النسب حقيقة الا بتصديق المرأة اياه بذلك لان المقر يعامل فى حقه وكان ماأقر به حق ولكن لا يصدق فى حق الغير فيجعل النسب فى حقه كالثابت حتى ينتفى ملكه عنها ولكنه لا يثبت فى حقها الا بتصديقها فلا يلزمها الانتساب اليه الا أن تصدقه فى ذلك واذا كان مثلها لا يولد لمثله لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما لأن تكذيب الحقيقة اياه أقوى من تكذيبه نفسه والفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين العتق ماقلنا ان لاقراره بالنسب فى ملكه موجبا فيجعل ذلك الاقرار كناية عن موجبه مجازا وليس لاقراره بالنسب فى ملك النكاح موجب من حيث الازالة فلا يمكن اعماله بطريق المجاز وأكثر مافى الباب أن يقال موجبه نفي أصل النكاح فيجعل كأنه صرح بذلك وجحوده لأصل النكاح لا يكون موجباً للفرقة فكذلك اقراره بذلك وكذلك لو قال أرضعتني ومثلها لا يرضع ولا لبن لها فانه مكذب فى ذلك حقيقة فينزل فى ذلك منزلة تكذيبه نفسه فلهذا لا يفرق بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الاحصان

﴿قال﴾ لا يحصن الرجل المسلم الا المرأة الحرة المسلمة اذا دخل بها هكذا نقل عن الشعبي والنخعى رحمهما الله تعالى ومعنى هذا انه اذا تزوج أمة ودخل بها لا يصير محصنا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد وكان المعنى فيه ان ثبوت الاحصان يختص بالوطء بالنكاح حتى لا يثبت بملك اليمين وفى معنى قضاء الشهوة لافرق بينهما فعرفنا ان الموجب للفرق ان الاحصان انما يثبت بوجود الوطء بين مستوى الحال في صفة الكمال فان النكاح فى العادة يكون بين مستوى الحال ولا مساواة بين المالك والمملوك فلا يتحقق هذا المعنى اذا وجد الدخول بالأمة بالنكاح لانه لا مساواة بين الامة والحر فأما اذا دخل بالكتابية بالنكاح لم يصر محصنا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يصير محصنا قيل هذا بناء على الرواية

التي تروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الكتابية محصنة وانها ترجم اذا زنت وقيل بل هي مسئلة مبتدأة فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان ملك النكاح على الكتابية وعلى المسلمة بصفة الكمال بدليل جواز نكاح كل واحدة منهما على الاخرى والمساواة بينهما فى القسم وولاية المباشرة لكل واحدة منهما بنفسها فكما يصير محصنا بالدخول بالمسلمة فكذلك بالكتابية بخلاف الأمة فانه لامساواة بينها وبين الحرة في حكم النكاح بل حالها على النصف من حال الحرة وبخلاف الصغيرة والمجنونة فانه لامساواة بينها وبين البالغة العاقلة فى ولاية المباشرة وفى معنى قضاء الشهوة لما في طبعه من النفرة عن المجنونة وحجتهما ماروينا وكذلك لما أراد حذيفة بن اليمان رضى الله عنه ان يتزوج يهودية قال له النبي صلى الله عليه وسلم دعها فانها لاتحصنك ولما أراد كعب بن مالك رحمه الله تعالى ان يتزوج يهودية قال له عمر رضى الله عنه دعها فانها لاتحصنك ولان الرق أثر من آثار الكفر فاذا كان الاحصان لايثبت بوطء الأمة بالنكاح لما فيه من الرق فلان لايثبت بوطء الكافرة أولى وهذا لان معنى الازدواج لايتم مع الاختلاف فى الدين فقل مايركن كل واحد منهما الى صاحبه فكانت بمنزلة الصغيرة والمجنونة توضيحه ان الزوجين اذا كانا كافرين لا يصيرا محصنين بالدخول ومعنى المساواة فيما بينهما أظهر فاذا لم يثبت الاحصان بالوطء هناك فلان لايثبت هنا كان أولى وكذلك المسلمة لايحصنها الزوج اذا كان كافراً بأن أسلمت المرأة ثم دخل بها الزوج الكافر قبل ان يفرق بينهما لم تصر هى بهذا الدخول محصنة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على ماقلنا وكذلك لايحصنها العبد والمجنون وغير البالغ اعتبارا لجانبها بجانبه فان الاحصان عبارة عن كمال الحال فلا يثبت الا بوطء موصوف بكونه نعمة كاملة من الجانبين ﴿قال﴾ وجماع هؤلاء يحلها للزوج الذى قد طلقها ثلاثا قبل ذلك حتى ان المطلقة ثلاثا اذا كانت ذمية فتزوجت ذمياً ثم أسلمت فدخل بها زوجها قبل ان يفرق بينهما حلت للزوج الأول بهذا الدخول لان النكاح صحيح بينهما قبل تفريق القاضى حتى لو أسلم فهما على نكاحهما والدخول بالنكاح الصحيح يحلها للزوج الأول وكذلك ان كان الزوج عبداً تزوجها باذن المولى ودخل بها حلت للزوج الاول لان اصابة الزوج الثانى انما كان مشروعا لرفع الطلقات مغايظة للزوج الاول وذلك يحصل بدخول العبد والكافر بها كما يحصل بدخول الحر المسلم بل معنى المغايظة فى هذا أكثر بخلاف الاحصان فانه

انما يثبت بالوطء بالنكاح لاعتبار معنى كمال النعمة والعبد والكافر في هذا ليس نظير الحر المسلم وعلى هذا دخول الصبي الذى يجامع مثله بالمرأة يحلها للزوج الاول عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يحلها للزوج الاول لان ثبوت الحل للأول يستدعى كمال الفعل الا ترى أنه لا يحصل بالجماع فيما دون الفرج وفعل الصبي دون فعل البالغ فلانعدام صفة الكمال لا يثبت به الحل للزوج الاول ولكنا نستدل بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره واسم الزوج يتناول الصبي كما يتناول البالغ ثم هذا حكم مختص بالوطء بالنكاح فيتعلق بوطء الصبي كتقرير المسمى والعدة وما هو المعنى فيه وهو مغايظة الزوج الاول حاصل أيضاً فان استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوق من عسيلته قلنا ليس المراد بذوق العسيلة الانزال بل هى اللذة وهى تنال ذلك بوطء الصبي الذى يجامع ولهذا يلزمها الاغتسال بنفس الايلاج وبه يتبين كمال فعل الصبي فى الوطء ﴿قال﴾ وكذلك فعل هؤلاء يوجب من التحريم ما يوجبه جماع البالغ المحصن حتى أن الصبي الذى يجامع مثله يتعلق بوطئه حرمة المصاهرة وكذا الصبية التى يجامع مثلها يثبت حرمة المصاهرة بوطئها وانما يختلفون فيما اذا وطئ صغيرة لا يجامع مثلها فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يثبت به حرمة المصاهرة وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يثبت لوجود فعل الوطء حقيقة وهو كامل فى نفسه حتى يتعلق به الاغتسال بالايلاج من غير انزال ويثبت به سائر أحكام الوطء أيضا واعتبر الوطء بالعقد فكما أن العقد على الصغيرة كالعقد على البالغة في ايجاب الحرمة فكذلك الوطء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا ثبوت حرمة المصاهرة ليس لعين الوطء . ألا ترى أنه لا يثبت بالوطء فى غير المأتى ولكن ثبوته باعتبار معنى البعضية ولا تصور لذلك اذا كانت لا يجامع مثلها بخلاف ما اذا كانت يجامع مثلها لان حقيقة البعضية وان كانت باعتبار الماء فهو باطن لا يمكن الوقوف عليه فيقام السبب الظاهر مقامه وهو بلوغها حد الشهوة فاذا كانت ممن يشتهى أنزلت منزلة البالغة فى ثبوت الحرمة بوطئها بخلاف ما اذا كانت لا تشتهى . ألا ترى أن اباحة هذا الفعل شرعا لمقصود النسل ثم جعل بلوغها حد الشهوة في حكم اباحة هذا الفعل قائما مقام حقيقة البلوغ فكذلك هنا بخلاف وجوب الاغتسال فانه متعلق باستطلاق وكاء المنى وذلك بمعنى الحرارة واللين فى المحل فلهذا يستوى فيه التى يجامع مثلها والتى لا يجامع كما يستوى فيه الفعل فى المأتى وغير المأتى ﴿قال﴾ والخلوة بين الزوجين البالغين

المسلمين وراء ستر أو باب مغلق يوجب المهر والعدة عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايوجب لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية والمراد بالمسيس الجماع هكذا قال ابن عباس رضي الله عنه أن الله تعالى يكني القبيح بالحسن كما كنى بالمس عن الجماع ولان هذه خلوة خلت عن الاصابة فلا توجب المهر والعدة كالخلوة الفاسدة وهذا لان تقرر البدل في عقود المعاوضات بقبض المعقود عليه والمعقود عليه معنى في باطنها لايصير مستوفي الابالآلة التي تصل الى ذلك الموضع فلا تكون الخلوة فيها قبضا كالقصاص فان حق من له القصاص في الباطن لايصير مستوفى إلا بالآلة الجارحة فلم تكن الخلوة فيه قبضاً والدليل عليه حكم الرجعة وبقاء المطالبة بالوطء فان الخلوة في هذين الحكمين لا تجعل كاستيفاء المعقود عليه فكذلك في حكم المهر والعدة وحجتنا في ذلك قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضي بعضكم الى بعض نهي عن استرداد شئ من الصداق بعد الخلوة فان الافضاء عبارة عن الخلوة ومنه يسمى المكان الخالي فضاء ومنه قول القائل أفضيت اليه بشقري أى خلوت به وذكرت له سري وتبين بهذا ان المراد بما تلى المسيس أو مايقوم مقامه وهي الخلوة وعن عبد الرحمن بن ثوبان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كشف قناع امرأته وقبلها فلها المهر كاملا دخل بها ولم يدخل ولما فرق عمر وعلى رضي الله عنهما بين العنين وامرأته الزماه كمال المهر وقالا ماذنبهن إن جاء العجز من قبلكم وعن زرارة بن أبي أوفي أنه قال مضت السنة من الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم ان من أغلق على امرأته بابا أو أرخى حجابا كان عليه المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل بها ولانها أتت بتسليم المستحق عليها بالعقد فيتقرر حقها في البدل كما اذا وطئها الزوج وهذا لان البدل في عقود المعاوضات يتقرر بتسليم من له البدل لاباستيفاء من عليه كما في البيع والاجارة اذا خلى البائع بين المبيع والمشترى أوخلى الآجر بين الدار والمستأجر في المدة يتقرر البدل وان لم يستوف وهذا لانا لوعلقنا تقرر البدل بالاستيفاء امتنع من ذلك قصداً منه الى الاضرار بمن له البدل واذا ثبت أن المعتبر التسليم فالمستحق بالعقد عليها مافي وسعها وفي وسعها تسليم النفس في حال زوال المانع لاحقيقة استيفاء الوطء فاذا أتت بما هو المستحق تقرر حقها في البدل على أن تقام نفسها مقام حقيقة المعقود عليه كما أنها في جواز العقد اقيمت نفسها مقام المعقود عليه فكذلك في حكم التسليم لان تقرر البدل بتسليم مابإعتباره يجوز العقد وهذا

بخلاف حق الرجعة فان ذلك من حق الزوج وهو متمكن من حقيقة الاستيفاء فاذا لم يفعل فهو الذى أبطل حق نفسه وليس من ضرورة وجوب المدة ثبوت الرجعة ألا ترى ان بالموت يتقرر المهر والعدة وليس فيه تصور الرجعة ومطالبتها بالوطء ليستعف به ويحصن لنفسها صفة الاحصان بسببه وذلك لايحصل بالخلوة اذا ثبت هذا فنقول حد الخلوة الصحيحة أن لايكون هناك مانع يمنعه من وطئها طبعا ولا شرعا حتى اذا كان أحدهما مريضاً مرضا يمنع الجماع أو صائماً فى رمضان أو محرما أو كانت هي حائضاً لاتصح الخلوة لقيام المانع طبعا أو شرعا وفى صوم القضاء روايتان في أصح الروايتين تصح الخلوة لان الذى يجب بالفطر قضاء يوم وهو يسير كما فى صوم النفل وفى الرواية الاخرى لا تصح الخلوة اعتباراً للقضاء بالاداء وفى صوم النفل رواية شاذة أيضاً انه يمنع صحة الخلوة بمنزلة حج النفل وكذلك ان كانت رتقاء أو قرناء لا يحصل التسليم لقيام المانع حساً بخلاف ما اذا كان الزوج مجبوباً أو عنيناً وقد بيناه ولو كان بينهما ثالث لا تصح الخلوة لقيام المانع الا أن يكون الثالث ممن لايشعر بذلك كصغير لا يعقل أو مغمى عليه أو نحو ذلك وان خلا بزوجته وهناك أمته وكان محمد رحمه الله تعالى يقول أولا تصح الخلوة بخلاف ما اذا كان هناك أمتها لانه يحل له وطء أمته دون أمتها ثم رجع وقال لاتصح الخلوة وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لانه يمتنع من غشيانها بين يدى أمته طبعا وعلى هذا لوخلا بزوجتيه لم تصح الخلوة لما قلنا والمكان الذي لاتصح الخلوة فيه ان يأمنا فيه اطلاع غيرهما عليهما بغير اذن كالدار والبيت وما أشبه ذلك ولهذا لاتصح الخلوة فى المسجد والطريق الاعظم والسطح الذى ليس على جوانبه سترة وبعد صحة الخلوة اذا تصادقا على أنه لم يدخل بها لايكونا محصنين لان الخلوة انما تجعل كالاستيفاء فيما هو من حكم العقد والاحصان ليس من ذلك فى شيء فان أقرا بالجماع لزمهما حكم الاحصان وان أقر به أحدهما صدق على نفسه دون صاحبه ولا يحصن الخصى اذا كان لايجامع وكذلك المجبوب والعنين فان جاءت بولد حتى ثبت به النسب من الزوج ففى الخصى والعنين يكونا محصنين لان الحكم بثبوت النسب حكم بالدخول وفى المجبوب ذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان على قول زفر رحمه الله تعالى هى تصير محصنة لما حكمنا بثبوت النسب من الزوج وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى لاتصير هى محصنة لانه لاتصور للجماع بدون الآلة والحكم بثبوت النسب بطريق الانزال بالسحق وليس

ذلك من الجماع فى شئ وثبوت حكم الاحصان يتعلق بعين الجماع والرقاء لاتحصن الرجل لانعدام الجماع مع الرق ولا احصان بالجماع فى النكاح الفاسد لان الاحصان عبارة عن كمال الحال فانما يحصل بوطء هو نعمة بل نهاية فى النعمة حتي لايحصل بالوطء بملك اليمين والوطء بالنكاح الفاسد حرام فلا يوجب الاحصان ﴿ قال ﴾ واذا دخل الخنثي بامرأته أو دخل بالخنثي زوجها فهما محصنان لانه لما حكم بكونه رجلا أو امرأة فالجماع بالنكاح الصحيح تحقق بينهما فيثبت به حكم الاحصان ﴿قال﴾ ولو دخل مسلم بامرأته المسلمة ثم ارتدا والعياذ بالله تعالى بطل احصانهما لان الردة تحبط العمل ويلحق المرتد بمن لم يزل كافراً فكما ان الكافر الاصلى لايكون محصناً فالمرتد كذلك فان أسلما جميعاً لم يكونا محصنين الا بجماع جديد بمنزلة زوجين حربيين أو ذميين أسلما وكذلك العبد مع امرأته الأمة اذا أعتقا لم يكونا محصنين حتى يجامعها بعد العتق فان جامعها فهما محصنان علما بالعتق اولم يعلما علمت المرأة ان لها الخيار أولم تعلم فاذا جامعها قبل ان تختار نفسها فقد جامعها بنكاح صحيح بعدما كمل حالهما بالعتق فكانا محصنين ﴿قال﴾ واذا ولدت المرأة من الرجل وهما ينكران الدخول فهما محصنان لان الولد شاهد على الدخول بينهما وهو أقوي من شهادة شاهدين فاذا كان الاحصان يثبت بشهادة شاهدين فبثبوت النسب أولى وهذا لانهما مكذبان في انكارهما الدخول شرعا والمكذب شرعا لايعتبر انكاره ﴿قال﴾ واذا أقرت المرأة ان زوجها قد جامعها وأنكر الزوج ثم فارقها وانقضت عدتها حل لزوجها الاول الذى كان طلقها ثلاثاً ان يصدقها ويتزوجها لانها أخبرت عن أمر بينها وبين ربها وهو حلها للزوج الاول ولا حق للزوج الثانى فى ذلك فانكاره فى ذلك الحكم وجوداً وعدما بمنزلة وكذلك ان اخبره بذلك ثقة ولو أنكرت الدخول بعد اقرارها وقد تزوجها الزوج الاول لم تصدق في ذلك لانها مناقضة ولو كان زوجها الذى فارقها هو الذى اقر بالجماع ولم تقر هي لم يحل للزوج الاول أن يتزوجها ولا يصدق الزوج الثانى عليها لانه لاحق له فى حلها وحرمتها للزوج الاول ولا قول له فى ذلك أصلا ويستوى ان كان خلا بها أو لم يخل بها ألا ترى انها لاتصير محصنة باقرار الزوج الثانى أنه قد جامعها اذا أنكرت هي فكذلك لاتصير محللة للزوج الاول ﴿قال﴾ واذا قالت طلقنى زوجي أو مات عني وانقضت عدتى حل لخاطبها أن يتزوجها ويصدقها لان الحل والحرمة من حق الشرع وكل مسلم أمين مقبول القول فيما هو من حق الشرع انما

لايقبل قوله في حق الغير اذا أكذبه من له الحق ولا حق لاحدهنا فيما أخبرت به فلهذا جاز قبول خبرها في ذلك والله أعلم بالصواب

باب نكاح المتعة

﴿ قال ﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وتفسير المتعة أن يقول لامرأته اتمتع بك كذا من المدة بكذا من البدل وهذا باطل عندنا جائز عند مالك بن أنس وهو الظاهر من قول ابن عباس رضى الله عنه واستدل بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ولانا اتفقنا على انه كان مباحا والحكم الثابت يبقى حتى يظهر نسخه ولكن قد ثبت نسخ هذه الاباحة بالآثار المشهورة فمن ذلك ماروى محمد بن الحنفية عن على بن أبي طالب رضى الله عنهم أن منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر الا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنه حديث الربيع بن سبرة رضى الله عنه قال أحل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة أيام فجئت مع عم لى الى باب امرأة ومع كل واحدمنا بردة وكان بردة عمي أحسن من بردتى فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابى والى بردته وقالت هلا بردة كبردة هذا أو شباب كشباب هذا ثم آثرت شبابى على بردته فبت عندها فلما أصبحت اذا منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادى الا أن الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم الاباحة المطلقة لم تثبت فى المتعة قط انما ثبتت الاباحة مؤقتة بثلاثة أيام فلا يبقى ذلك بعد مضى الايام الثلاثة حتى يحتاج الى دليل النسخ وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول نسختها آية الطلاق والعدة والميراث وكان عمر رضى الله عنه يقول لو كنت تقدمت فى المتعة لرجمت وقال جابر بن يزيد رضى الله عنه ماخرج ابن عباس رضى الله عنهما من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة فثبت النسخ باتفاق الصحابة رضى الله عنهم ولما سئلت عائشة رضى الله عنها عن ذلك فقالت بيني وبينكم كتاب الله تعالى وتلت قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الآية وهذه ليست بزوجة له ولا ملك يمين له وبيان أنها ليست بزوجة ماقال فى الكتاب أنه لا يرث أحدهما من صاحبه بالزوجية ولا يقع عليها الطلاق والظهار والايلاء واستكثر من الشواهد لذلك فى الكتاب والمراد بقوله

فما استمتعتم به منهن الزوجات فانه بناء على قوله ان تبتغوا بأموالكم محصنين والمحصن الناكح
﴿قال﴾ وان قال تزوجتك شهراً فقالت زوجت نفسي منك فهذا متعة وليس بنكاح عندنا
وقال زفر رحمه الله تعالى هو نكاح صحيح لان التوقيت شرط فاسد فان النكاح لا يحتمل
التوقيت والشرط الفاسد لا يبطل النكاح بل يصح النكاح ويبطل الشرط كاشتراط الخمر
وغيرها توضيحه أنه لو شرط أن يطلقها بعد شهر صح النكاح وبطل الشرط فكذا اذا
تزوجها شهراً وحجتنا في ذلك ماروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال لا أوتي برجل
تزوج امرأة الى أجل الارجمته ولو أدركته ميتاً لرجمت قبره والمعنى فيه أن النكاح لايحتمل
التوقيت انما التوقيت في المتعة فاذا وقتا فقد وجد منهما التنصيص على المتعة فلا ينعقد به
النكاح وان ذكر لفظ النكاح وهذا لانه لا يخلو اما أن ينعقد العقد مؤبداً أو في مدة
الاول باطل فانهما لم يعقدا العقد فيما وراء المدة المذكورة ولا يجوز الحكم بانعقاد العقد
فيما وراء المدة المذكورة ولا يجوز الحكم بانعقاد الحكم في زمان لم يعقدا فيه العقد ألا ترى
أنهما لو أضافا النكاح الى مابعد شهر لم ينعقد في الحال لانهما لم يعقداه في الحال فكذلك
هنا ولا يجوز أن ينعقد في المدة لان النكاح لايحتمل ذلك وهذا يبين أن التوقيت ليس
بمنزلة الشرط ولكن ينعدم بالتوقيت أصل العقد في الزمان الذى لم يعقداه فيه وهذا بخلاف
ما اذا شرط أن يطلقها بعد شهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراط القاطع بعد شهر
لينقطع به دليل على أنهما عقدا العقد مؤبداً ألا ترى أنه لو صح الشرط هناك لا يبطل
النكاح بعد مضى شهر وهنا لو صح التوقيت لم يكن بينهما عقد بعد مضى اوقت كما في
الاجارة • وقال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى ان ذكرا من الوقت ما يعلم أنهما لايعيشان
أكثر من ذلك كمائة سنة أو أكثر يكون النكاح صحيحاً لان في هذا تأكيد معنى
التأبيد فان النكاح ينعقد للعمر بخلاف ما اذا ذكرا مدة قد يعيشان أكثر من تلك المدة
وعندنا الكل سواء لان التأبيد من شرط النكاح فالتوقيت يبطله طالت المدة أو قصرت
والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الدعوى في النكاح

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا ادعي الرجل نكاح امرأة وأقام عليها البينة وأقامت أختها

عليه البينة انها امرأته وانه أتاها بزوج فالقول قول الرجل والبينة بينته صدقته أولم تصدقه لان ملك النكاح على المرأة للزوج ولهذا كان البدل عليه لها فالزوج يثبت ببينته ماهو حقه والأخت الاخري تثبت ببينتها حق لزوج وهو ملك النكاح له عليها وبينة المرء على حق نفسه أولى بالقبول ولان عند تعارض البينتين لا وجه للعمل ببينة الاخت في اثبات نكاحها فلو قبلناها انما نقبلها فى نفي النكاح على امرأة أثبت الزوج نكاحها والبينات للاثبات لا للنفي ومعني هذا ان دعوى الزوج نكاح احدى الاختين اقرار منه بحرمة الاخرى عليه في الحال واقراره موجب للفرقة فعرفنا انه لاوجه للقضاء بنكاح الاخري فبقيت تلك البينة قائمة على النفي ولا مهر للاخرى ان لم يكن دخل بها لان أصل نكاحها لم يثبت ولو كان الزوج أقام البينة أنه تزوج أحداهما ولا تعرف بعينها غير ان الزوج قال هي هذه فان صدقته فهي امرأته لتصادقهما فان تصادقهما في حقهما أقوى من البينة فان جحدت ذلك فلا نكاح بينه وبين واحدة منهما لان الشهود لم يشهدوا على شئ بعينه والشهادة بالمجهول لا تكون حجة ولانه اما ان تزوج احداهما بغير عينها فيكون ذلك باطلا أو تزوج احداهما بعينها ثم نسيها الشهود فقد ضيعوا شهادتهم فاذا بطلت الشهادة بقي دعوى الزوج ولا يثبت النكاح بدعوته ولا يمين له على التي يدعي النكاح عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يرى الاستحلاف في النكاح ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها وكذلك لو قامت البينة لامرأة بعينها ان أحد هذين الرجلين تزوجها ولا يعرفون أيهما هو والرجلان ينكران ذلك فهو باطل ولا مهر على واحد منهما فان ادعت المرأة ذلك على أحدهما فلا يمين عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان دعواها دعوي النكاح وان ادعت أنه طلقها قبل الدخول وان لها عليه نصف المهر استحلفته على نصف المهر لان دعواها الآن دعوى المال والاستحلاف مشروع فى دعوى المال فان نكل عن اليمين لزمه ذلك ولا يثبت النكاح لان الاستحلاف كان فى المال لا في النكاح وانما يقضى عند النكول بما استحلف فيه خاصة كما فى دعوى السرقة اذا استحلف فنكل يقضى بالمال دون القطع ﴿قال﴾ وان ادعت أختان أنه تزوجهما جميعا وكل واحدة منهما تقيم البينة أنه تزوجها أولا كان ذلك الى الزوج فايهما قال هي الاولى فهي الاولى وهى امرأته لان المعارضة بين البينتين قد تحققت والعمل بهما غير ممكن لحرمة الجمع بين الاختين نكاحا وقد علمنا أن الثابت أحدهما وهو السابق

منهما فاما أن يكون بيان السابق منهما الي الزوج لانه أعرف الناس بها ولانه صاحب الملك واما أن يقال تصديقه احداهما يرجح بينتها فاذا ظهر الرجحان فى بينة احداهما قضى بنكاحها واندفعت بينة الاخرى ولا مهر لها عليه ان لم يدخل بها فان جحد الزوج ذلك كله وقال لم أتزوج واحدة منهما أو قال تزوجتهما جميعا ولا أدرى أيتهما الاولى فهو سواء ويفرق بينه وبينهما لان العمل بالبينتين غير ممكن فلا ترجيح لاحداهما فتعين التفريق بينه وبينهما وعليه نصف المهر بينهما ان كان لم يدخل بهما من قبل انه كان يقدر على أن يبين فاذا تجاهل في ذلك لم يبرأ من المهر ومعنى هذا الكلام أن نكاح احداهما صحيح بدليل أنه لو بين الزوج أن هذه هي الاولى حكمنا بصحة نكاحها فاذا أبى أن يبين كان ذلك منه بمنزلة اكتساب سبب الفرقة بينه وبين التي صح نكاحها قبل الدخول فيلزمه نصف المهر وليست احداهما بأولى من الاخرى فلهذا كان نصف المهر بينهما ومن أصحابنا رحمهم الله تعالي من قال جمع فى السؤال بين فصلين وأجاب عن احدهما فان هذا الجواب عما اذا قال تزوجتهما جميعاً ولا أدرى أيتهما الاولى أما اذا قال لم أتزوج واحدة منهما ينبغى أن لا يجب عليه شئ من المهر لان العمل بالبينتين تعذر للتعارض وهو منكر ولا يجب المهر الا بحجة والاصح ان هذا جواب الفصلين لان المعارضة بين البينتين فى حكم الحل دون المهر ألا ترى ان البينتين لو قامتا بعد موت الزوج عمل بهما فى حق المهر والميراث فاذا لم يكن تعذر العمل والمعارضة فى حكم المهر وجب نصف المهر فى حق الزوج وليست احداهما بأولى من الاخرى فكان بينهما وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الامالى قال لا شئ عليه لان المقضى له بالمهر منهما مجهول وجهالة المقضى له تمنع صحة القضاء وعند محمد رحمه الله تعالى أنه قال يقضى بجميع المهر لان النكاح لم يرتفع بجحوده فيقضى بمهر كامل للتى صح نكاحها ﴿ قال ﴾ وان كان دخل بأحداهما كان لها المهر وهى امرأته لترجح جانبها بالدخول فان البينتين اذا تعارضتا على العقد تترجح احداهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقى الملك فى عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض واقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن والامكان ثابت هنا بأن يجعل نكاح التى دخل بها سابقاً فان قال الزوج هى الاخيرة وتلك الاولى فرق بينه وبينها لاقراره بحرمتها عليه وكان ذلك بمنزلة اكتساب سبب الفرقة بعد الدخول

بالنكاح الصحيح حتى يلزمه المهر المسمى لها ولا يصدق على أن ينقصها عن ذلك وكانت الاخرى امرأته أيضاً لتصادقهما على النكاح باقرار الزوج انها هي الاولى ﴿ قال ﴾ ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعى انها امرأته ويقيم البينة فان كانت في بيت احدهما وكان قد دخل بها فهي امرأته لما ان الترجيح يحصل باليد عند تعارض البينتين على العقد ولان تمكنه من الدخول بها أو من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فحينئذ يسقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق فان لم تكن فى يد أحدهما فايهما اقام البينة أنه أول فهو أحق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ فى عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المرأة انها تزوجته قبل الآخر فهي امرأته اما لان بينته تترجح باقرارها له كما بينا فى جانب الزوج أولان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقى تصادق أحد الرجلين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما وان لم تقر بشئ من ذلك فرق بينهما وبينها لان المعارضة والمساواة قد تحققت والعمل بالبينتين غير ممكن لان ملك الحل لايحتمل الشركة وليس أحدهما بأولى من الآخر فيبطل نكاحهما بخلاف ملك اليمين فان الملك يحتمل الشركة فيجب العمل بالبينتين هناك بحسب الامكان وهذا لأن مقصود الملك هو التصرف وذلك يثبت مع الشركة وهنا المقصود استباحة الوطء والنسل وهذا يفوت بالشركة فاذا تعذر العمل بهما وليس أحدهما بأولى من الآخر يتعين البطلان فيهما فان كانا لم يدخلا بها فلا مهر لها لأن نكاح واحد منهما لم يثبت ولان الفرقة بمعنى من جهتها فلا مهر لها قبل الدخول وان كانا قد دخلا بها جميعا ولا يدرى أيهما أول فعلى كل واحد منهما الأقل مما سمى ومن مهر المثل لان كل واحد منهما إن تقدم نكاحه تأكد المسمى بالدخول وان تأخر فلها مهر المثل بالدخول لسقوط الحد بشبهة العقد غير أن المال بالشك لايجب وانما يجب القدر المتيقن والمتيقن هو الاقل فلهذا كان على كل واحد منهما الاقل من المسمى ومن مهر المثل ﴿ قال ﴾ فان جاءت بولد لزمهما جميعا وكان ولدهما يعقلان عنه بناء على قولنا أن النسب يثبت من رجلين خلافا للشافعى رحمه الله تعالى وهى مسئلة كتاب الدعوى ويرثانه ميراث أب واحد بينهما نصفان لان الاب في الحقيقة أحدهما وهو من حق الولد من ماله فيجب ميراث أب واحد وليس أحدهما بأولى من الآخر

فيكون بينهما نصفين ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى يرث من كل واحد منهما نصف ميراث ابن لانه ابن أحدهما فكما أن في جانبهما يرثانه ميراث أب واحد فكذلك فى جانبه يرث منهما ميراث ابن واحد ولكنا نقول هو ابن لكل واحد منهما كما قال عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما هو أبنهما ويرثهما وهذا لأن البنوة لاتحتمل التجزى الا أن فى جانبهما تحققت المزاحمة فتثبت المناصفة وفى جانبه لامزاحمة فيرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل حتى لو انعدمت المزاحمة فى جانبهما بأن مات أحدهما قبل الغلام أحرز الثانى من مال الغلام ميراث أب كامل وهو معنى قول عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما وهو للباقى منهما ولو كانت المرأة أقرت أن أحد الرجلين هو الزوج لزمه الولد خاصة لان نكاح المقر له قد ثبت باقرارهما وثبوت نسب الولد منه باعتبار الفراش ولا معارضة بين الفراش الصحيح والفاسد فلهذا ثبت نسب الولد منه فان لم تقر بذلك حتى ماتت كان على كل واحد منهما نصف ماسمى لها من المهر وكان ميراث الزوج من تركتها بينهما نصفين لان نكاح أحدهما صحيح منتهـ بالموت فيكون له الميراث وعليه المسمى لها وليس أحدهما بأولى من الآخر فلذلك تنصف بينهما الميراث والمهر المسمى وهـذا لان تعذر العمل بالبينتين ووجوب التوقف لمعنى الحل وذلك يزول بموتها الا ترى انه لو كان إقامة البينة من الرجلين بعد الموت وجب العمل بهذه الصفة فكذلك اذا ماتت بعد اقامة البينتين وهـذا لان المقصود من النكاح بعد الموت الميراث وهو مال يحتمل الشركة وفي حال الحياة المقصود هو الحل وهو غير محتمل للشركة ﴿قال﴾ ولو لم تمت هي ولكن مات أحد الرجلين فان قالت المرأة هـذا الميت هو الاول فلها فى ماله المهر والميراث فان تصديقها بعد موت الزوج كتصديقها في حياته فيثبت النكاح بينهما فينتهي بالموت الا ترى ان رجلا لو أقر بنكاح امرأة فصدقته بعد الموت كان تصديقها صحيحاً لان النكاح بموت الزوج يرتفع الى خلف وهو العدة ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة زوجين في عقدة واحدة كان النكاح باطلا لان النكاح لايحتمل الاشتراك وليس أحدهما بأولى من الآخر ولا خيار لها فى ذلك لان ثبوت الخيار ينبني على صحة السبب ولم يصح السبب في حق كل واحد منهما لاقتران المنافى به وكذلك لو كانت ذمية أو حربية ثم أسلموا لان هـذا لا يتجه عند أحد ممن يعتقد ملة فحكم أهل الملل فى ذلك سواء ﴿قال﴾ ولو كان أحد الزوجين له

أربع نسوة كان نكاح الذي ليس له نسوة منهما جائز لانه لو انفرد نكاح الذى له أربع نسوة لم يصح ولو انفرد نكاح الآخر كان صحيحاً فاذا اجتمعا صح نكاح من يصح نكاحه عند الانفراد وهذا لان المعارضة لا تحقق بين ماله صحة وبين ما لاصحة له واذا صح نكاح أحدهما فعليه جميع ماسمى لها ان كانا سميا ألف درهم وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر بمنزلة مالو تزوج امرأتين واحداهما لاتحل له بمهر واحد وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفرقان بين هذه وبين تلك فيقولان الالف هنا بمقابلة بضعها وقد سلم ذلك للذى صح نكاحه بكماله فاما هناك الالف مسمى بمقابلة بضعين فاذا لم يسلم له الا أحدهما لا يلزمه الا مقدار حصته من المهر وان كان سمي كل واحد منهما لنفسه خمسمائة لم يلزم هذا الزوج الا خمسمائة لانه ماالتزم الا هذا المقدار ولا يلزم من المهر لا قدر ما التزمه بخلاف الاول فان هناك كل واحد منهما قد سمى جميع الالف بمقابلة بضعها فاذا سلم ذلك لاحدهما لزمه جميع المهر ﴿قال﴾ والنكاح الفاسد اذا لم يكن فيه مسيس أو نظر لا يثبت حرمة المصاهرة لان النكاح انما يقام مقام الوطء فى اثبات حرمة المصاهرة لانه يتوصل به الى الوطء شرعا وذلك لا يحصل بالعقد الفاسد فلهذا لا يثبت به الحرمة ولان النكاح الفاسد أصله غير منعقد فالسبب الفاسد لا يثبت الا الملك الحرام وموجب النكاح ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فاذا انعدم اثبات الملك الحلال بالسبب الفاسد والملك الحرام بالنكاح لا يكون خلا السبب عن الحكم والاسباب الشرعية انما تعتبر لاحكامها فكل سبب خلا عن الحكم كان لغوا واذا أقامت المرأة البينة على النكاح والزوج جاحد يثبت نكاحها ولم يفسد بجحوده لان النكاح الثابت لا يرتفع الا بالطلاق وجحوده ليس بطلاق فان الطلاق قطع للنكاح والجحود نفى للنكاح أصلا فلا يصير به قاطعاً فلهذا قضى بالنكاح بينهما والله أعلم بالصدق والصواب

باب الغرور فى المملوكة

﴿قال﴾ رجل تزوج امرأة على أنها حرة فولدت له أولاداً فاذا هى مكاتبة قد أذن لها مولاها فى التزوج أخذت عقرها وقيمة ولدها الا فى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال لا تجب قيمة الولد أصلا لانها تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها وفى هذا تحصيل بعض مقصودها وفى ظاهر الرواية يقول هذا ان لودخل الولد في كتابتها ولم يدخل لانه علق حراً

فوجب العقر وقيمة الولد لها كما هو الحكم في المغرور وهي بالكتابة صارت أحق باجزائها ومنافعها فما هو بدل جزء منها فهو لها ثم يرجع الاب بقيمة الولد على الذى غره ان كان رجل حر غره بأن زوجها منه على أنها حرة فان كانت المكاتبة هي التى غرته بأن زوجت نفسها منه على أنها حرة فلا شئ لها عليه من قيمة الولد في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول لانها لو رجعت عليه بقيمة الولد رجع هو عليها بذلك بسبب الغرور فلا يكون مفيداً ثم رجع فقال لها أن تأخذ قيمة الولد وهو قول محمد رحمه الله تعالى لان رجوعه عليها بعد العتق فان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة فيتأخر الى ما بعد عتقها والقيمة لها عليه في الحال فكان الرجوع مفيداً وان مات مولاها وهى مكاتبة على حالها فورثه أب الولد خيرت بين أن تبطل الكتابة وبين أن تمضى عليها لانها ان أبطلت الكتابة صارت مملوكة لأب الولد بالميراث ولها منه ولد ثابت النسب فتصير أم ولد له فقد تلقاها جهتا حرية احداهما مؤجلة بغير بدل وهو الاستيلاد والاخرى معجلة ببدل وهو الكتابة فان مضت على الكتابة فعتقت بالاداء فانما عتقت على ملك المولى الاول وكان ولاؤها له وان مات أب الولد قبل أن تؤدى عتقت وبطلت عنها المكاتبة لانها بمنزلة أم الولد فتعتق بموت السيد فان قيل هو لم يملك رقبتها اذا اختارت المضى على الكتابة ﴿قلنا﴾ نعم ولكنه صار أحق الناس بها حتى لو أعتقها نفذ عتقه فكذلك اذا مات لان عتق أم الولد متعلق بموت المولى شرعا على أن يصير المولى كالمعتق لها ولانها انما اختارت الكتابة لما في العتق بجهة الاستيلاد من التأخير فاذا تعجل ذلك بموت المولى فالظاهر أنها تختار هذه الجهة فاذا عتقت سقط عنها بدل الكتابة إما لانفساخ العقد برضاها أو لوقوع الاستغناء لها عن أداء البدل وهو بمنزلة ما لو وهب لها المكاتبة ومعنى هذا أن حق المستولد فيها الى موته فبالموت يصير مسقطاً حقه فكانه ابرأها عن بدل الكتابة والوارث اذا كان واحداً فابراء المكاتب عن المكاتبة يصح ابراؤه ويعتق ولهذا لو كان معه شريك فى الميراث سعت فى مكاتبتها على حالها لان ابراء أحد الوارثين عن نصيبه من بدل الكتابة لا يوجب عتق شئ منها وانما جعلناه كالمبرئ لتعتق فاذا كانت لا تعتق هنا لم يكن مبرئاً ولانه لم يسلم لها العتق مجانا فى الحال فبقيت على اختيارها الاول وهو المضى على الكتابة فلهذا سعت فى مكاتبتها وكان الولاء للأول اذا أدت ألا ترى ان المكاتب اذا ورثه رجلان فاعتقه أحدهما كان عتقه باطلا ولو كانت

المكاتبة حين ورثها رجلان اختارت ان تكون أم ولد بطلت الكتابة ويضمن أب الولد نصف قيمتها لشريكه لان حكم الاستيلاد كما ثبت في نصيبه ثبت فى نصيب الشريك أيضاً لانه لايحتمل التجزى فصار هو متملكا نصيب شريكه بضمان القيمة وضمان التملك لايختلف باليسار والاعسار ﴿قال﴾ أمة غرت رجلين من نفسها فتزوجاها على انها حرة فولدت لهما أولاداً ثم ملكاها بوجه من الوجوه كانت أم ولد لهما لانهما ملكاها ولكل واحد منهما ولد ثابت النسب منها وان ملكها أحدهما فهي أم ولد له لهذا المعنى وهذا لان نسب الولد لما ثبت بشبهة النكاح كان هذا بمنزلة الاستيلاد بعد الملك فى ثبوت حق الولد في حقيقة الحرية فكذلك في ثبوت حقها في أمية الولد لان حقها تبع لحق الولد فان كانت قد ولدت عند المولى أولاداً بعد ذلك فلكها أحدهما مع أولادها كان أولادها من غيره ارقاء لان ثبوت حق أمية الولد فيها بعد ماتملكها المستولد فان حق الحرية كحقيقة الحرية فى استدعائه ملك الحل وقد انفصل الاولاد قبل ثبوت الحق فيها فلا يسرى ذلك الحق اليهم ﴿قال﴾ واذا غرت الامة رجلا من نفسها وأخبرته انها أمة لهذا الرجل فاشتراها منه فولدت له أولادا ثم استحقها رجل أخذها وعقرها وقيمة ولدها كان لاب الولد ان يرجع بالثمن وبقيمة الولد على الذى باعه لان سبب الغرور مباشرة البيع وانما كان ذلك من البائع ومتى ملكها المغرور بعد ذلك فهى أم ولد لثبوت نسب الولد منه والله أعلم بالصواب

باب النكاح فى العقود المتفرقة

﴿قال﴾ رضى الله عنه ولا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة بالنكاح الا على قول الروافض فانهم يجوزون الجمع بين تسع نسوة لظاهر قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والواو للجمع فاذا جمعت بين هذه الاعداد كان تسعا ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين تسع نسوة وهو قدوة الأمه صلى الله عليه وسلم فما يجوز له يجوز لامته وحجتنا فى ذلك قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والمراد أحد هذه الاعداد قال الفراء رحمه الله تعالى لاوجه لحمل هذا على الجمع لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العى فى الكلام والدليل عليه قوله تعالى أولى أجنحة مثني وثلاث ورباع والمراد أحد هذه الاعداد وقد بينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بسبب اباحة تسع نسوة له وهو اتساع حله

بفضيلة النبوة فان بزيادة الفضيلة يزداد الحل كما بين الاحرار والمماليك ولم ينقل عن أحد في حياة رسول الله صلي الله عليه وسلم ولا بعده الي يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا وفي قوله صلى الله وعليه وسلم يتزوج العبد ثنتين ويطلق تطليقتين ما يدل على أن الحر لايتزوج أكثر من أربع لان حال المملوك على النصف من حال الحر وله أن يتسرى على الاربع مابداله من السراري ماخلا امرأة ذات رحم محرم منها من نسب أو رضاع لحديث عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه ماحرم الله تعالى من الحرائر شيئاً الا وقد حرم من الاماء مثله الا رجل يجمعهن يريد به العدد اذ التسرى غير محصور بعدد لان النكاح انما كان محصوراً بعدد لوجوب العدل والتسوية بينهن في القسم وعند كثرة العدد يعجز عن ذلك وفي الاماء لايلزمه التسوية بينهن في القسم فلهذا لايكون محصوراً بالعدد واليه أشار الله تعالى في قوله تعالى فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم فاما سائر أسباب الحرمة كالرضاع والمصاهرة والمحرمية لاتختلف بالمنكوحة والمملوكة ﴿قال﴾ رجل تزوج أربع نسوة بالكوفة ثم طلق احداهن بغير عينها بمكة ثم تزوج مكية ثم طلق احدى نسائه ثم تزوج بالطائف أخرى ثم مات ولم يدخل بواحدة منهن فنقول العقود كلها قد صحت منه لانه انما تزوج المكية بعد ماطلق احدى الكوفيات قبل الدخول فحين تزوجها لم يكن في نكاحه الاثلاث نسوة فان قيل أليس ان الطلاق المبهم يجعل كالمتعلق بخطر البيان فينبغي ان لايصح نكاح المكية ﴿قلنا﴾ هذا في حق المحل لوجود التنكير في المحل فاما في جانب المطلق لا ابهام لانه متعين في نفسه وحكم العدد ينبنى على العدد في جانبه وهو يعلم انه تزوج المكية وليس في نكاحه الا ثلاث نسوة ثم تزوج الطائفية وليس في نكاحه الا ثلاث نسوة ثم المسئلة تشتمل على حكم المهر والميراث والعدة أما بيان حكم المهر أن للطائفية مهرا كاملا لان نكاحها قد صح ولم يحدث بعد نكاحها طلاق فيتقرر مهرها بالموت وللمكية سبعة أثمان المهر لانه بعد ما تزوجها طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول وذلك مسقط نصف مهر المثل متردد بينها وبين ثلاث من الكوفيات فيتوزع النقصان عليهن أرباعا فيصيبها نقصان نصف ربع صداق وذلك ثمن صداق فبقي لها سبعة أثمان صداق وأما الكوفيات فلهن ثلاثة أصدقة وثمن صداق بينهن سواء لانه حين طلق احداهن أولا فقد سقط بهذا الطلاق نصف مهر ومن الطلاق الثاني أصابهن أيضاً نقصان ثلاثة أرباع نصف مهر وذلك

ثلاثة أثمان مهر وفي الاصل لهن أربعة أصدقة فاذا نقصت من ذلك مرة نصف صداق ومرة ثلاثة أثمان صداق بقي ثلاثة أصدقة وثمن صداق وحالهن في ذلك سواء فيقسم بينهن بالسوية أرباعا وأما الميراث فللطائفية ربع ميراث النساء ثمنا كان أو ربعاً لانها احدى نسائه بيقين وللمكية ربع ما بقى لان الباقى وهو ثلاثة أرباع ميراث النساء لايزاحمها فيه الا ثلاث من الكوفيات وحالهن فيه سواء فلها ربع ذلك والباقى بين الكوفيات بالسوية لاستواء حالهن فى ذلك وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفي عنها زوجها أما فى حق الطائفية فللتيقن بانتهاء نكاحها بالموت وفى حق البواقى لاحتمال ذلك والعدة يحتاط لايجابها ﴿قال﴾ ولو كان بعد ماتزوج الطائفية طلق احدى نسائه ثم مات فنقول أما بيان حكم المهر ان للطائفية هنا سبعة أثمان مهرها لانه طلق احدى نسائه بعد ماتزوجها فانتقص به نصف صداق وانما يصيبها من ذلك النقصان الربع فبقى لهاسبعة أثمان صداق وللمكية ستة أثمان مهر وربع ثمن مهر لأن من النقصان الحاصل بالتطليقة الاخيرة انما يصيبها ربع ثلاثة أرباع نصف صداق فان هذا النقصان يدور بينها وبين ثلاث من الكوفيات وربع ثلاثة أرباع النصف يكون ثلاثة أرباع ثمن الصداق فقد أصابها بالتطليقة الثانية نقصان ثمن صداق كما قلنا وبالتطليقة الثالثة ثلاثة أرباع ثمن فبقى لها ستة أثمان وربع ثمن فاذا جمعت ذلك كان مهراً وثمن مهر وربع ثمن مهر صداق وللكوفيات مهران وستة أثمان وثلاثة أرباع ثمن صداق لانه انتقص من مهورهن بالطلاق الاول نصف صداق وبالطلاق الثانى ثلاثة أثمان صداق وبالطلاق الثالث ثمنان وربع ثمن فاذا جمعت ذلك كان مهراً وثمن مهر وربع ثمن مهر فاذا نقصت ذلك من أربعة مهور بقى مهران وستة أثمان وثلاثة أرباع ثمن وفى حكم الميراث والعدة هذا والاول فى التخريج سواء ﴿قال﴾ واذا تزوج امرأة فى عقدة وامرأتين فى عقدة وثلاثا فى عقدة ولايعلم أيتهن الاولى فأما الواحدة فنكاحها صحيح بيقين لان الصحيح من العقدين الأخيرين أحدهما ونكاح الواحدة صحيح تقدم أو تأخر والقول قول الزوج في الثلاث والثنتين أيتهن قال هي الاولى لان نكاح أحد الفريقين صحيح وهو السابق والزوج هو الذى يعرف ذلك لانه باشر العقود فيعرف السابق من المتأخر ولانه صاحب ملك فاليه بيان محل ملكه ولان حقوق النكاح تجب عليه فاليه بيان من يستوجب الحق عليه وأى الفريقين مات والزوج حيّ فقال هن الأولى ورثهن وأعطى مهورهن وفرق بينه وبين الأواخر لان حق البيان الثابت له لايبطل بموتهن

فان الموت منه للنكاح مقرر لاحكامه وان كان دخل بهن كلهن ثم قال فى صحته أو عند موته لاحد الفريقين هؤلاء الاول فهو الأول ويفرق بينه وبين الأواخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها ومما سمى لها لدخوله بها بحكم نكاح فاسد ومراده بهذا الفصل ان دخوله بهن لا يؤثر في البيان اذا لم يعلم من دخل بها أولا لان حال الفريقين فى ذلك سواء وان قال الزوج لا أدرى أيتهن الأولى حجب عنهن الا عن الواحدة لانه انما يخلى بينه وبين من صح نكاحها منهن ونكاح الواحدة صحيح فيخلى بينه وبينها ولم يتيقن من صح نكاحه من الفريقين الآخرين فيكون محجوبا عنهن مخيراً على ان يبين الأول من الآخر فان مات قبل ان يبين ففى المسئلة بيان حكم الميراث والمهر والعدة أما بيان حكم المهر ان للواحدة ماسمي لها من المهر بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلاث مهر ونصف بينهن وللثنتين مهر واحد بينهما على اختلاف الاصلين فان أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى فى جنس هذه المسائل اعتبار الجملة والتخريج على ذلك فنقول أكثر مالهن ثلاثة مهور بان يكون السابق نكاح الثلاث وأقل مالهن مهران بان يكون السابق نكاح المثنى فالتردد فى مهر واحد يثبت في حال دون حال فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ثم لا خصومة للثنتين فى الزيادة على مهرين فيسلم ذلك للثلاث وهو نصف مهر يبقى مهران استوت فيه منازعة الفريقين فكان بينهما نصفين فيحصل للثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد وأصل محمد رحمه الله تعالى فى ذلك اعتبار الاحوال فى حق كل فريق على حدة فيقول أما الثلاث فان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلاشئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وأما المثنى فان صح نكاحهما فلهما مهران وان لم يصح فلاشئ لهما فلهما نصف ذلك ونكاحهما يصح فى حال دون حال فلهما مهر واحد وأما حكم الميراث فنقول للواحدة سبعة أسهم من أربعة وعشرين من ميراث النساء ربعا كان أو ثمناً لان نكاحها صحيح على كل حال فان صح نكاحها مع الثلاث فلها ربع ميراث النساء وان صح مع الثنتين فلها ثلث والربع بيقين وما زاد عليه الى تمام الثلث يثبت فى حال دون حال فيتنصف فنحتاج الى حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر ثم يتنصف السهم الزائد على الربع الى تمام الثلث فيتكسر بالانصاف فيضعف الحساب فيكون أربعة وعشرين فان صح نكاحها مع الثلاث فلها ستة من أربعة وعشرين وان صح نكاحها مع المثنى فلها ثمانية فالتردد فى سهمين فيثبت أحدهما ويسقط الآخر فكان لها سبعة من أربعة

وعشرين وما بقي وهو سبعة عشر سهما بين الفريقين الآخرين نصفين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى للمثنى من ذلك ثمانية أسهم وللثلاث تسعة أسهم وجه قولهما أن السهم الزائد على ستة عشر لا منازعة فيه للمثني لانه ان صح نكاحهما فلهما ثلثا الميراث ستة عشر من أربعة وعشرين فيسلم ذلك السهم للثلاث وقد استوت منازعة الفريقين في ستة عشر فكان بينهما نصفين أو يعتبر حال كل فريق فنقول ان صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة وان صح نكاح المثني فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وان لم يصح فلا شئ لهما فلهما نصف ذلك ثمانية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما بقي من ميراث النساء بعد ما أخذت الواحدة نصيبها بمنزلة جميع ميراث النساء أن لو لم تكن الواحدة أصلا ولو لم تكن الواحدة أصلا كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين فكذلك مابقي وهذا لان علة الاستحقاق في حق الفريقين سواء فان كل واحد منهما مستحق اذا كان سابقا محروم اذا كان مسبوقا وقولهما ان المثنى لايدعيان السهم الواحد فانما لا يدعيان ذلك باعتبار استحقاق الواحدة لذلك السهم فامابدون استحقاقهما فهما يدعيان جميع الميراث وقد خرج ذلك السهم من أن يكون مستحقا للواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء فلهذا قسم بين الفريقين نصفين ﴿قال﴾ وعليهن عدة المتوفى عنهن أزواجهن احتياطا لما قلنا وان كان قد دخل بهن كلهن ولا يعرف الاول والآخر فعلى الثلاث والثنتين عدة الوفاة والحيض جميعا على معنى ان كل واحدة تعتد أربعة أشهر وعشرا تستكمل في ذلك ثلاث حيض لان من وجه عليهن عدة الوفاة وهو ما اذا صح نكاحهن ومن وجه الحيض وهو ما اذا فسد نكاحهن فتجب العدة بالحيض لاجل الدخول فيجمع بينهما احتياطا فأما على الواحدة عدة المتوفي عنها زوجها لاحيض في ذلك لان نكاحها صحيح بيقين ثم ان كان مهر مثل كل واحدة من الثلاث والثنتين أقل من المسمى فلها مهر مثلها ونصف الفضل الى تمام المسمى لان في وجوب الاقل وهو مهر المثل اما بالعقد أو بالدخول يقين وما زاد عليه الى تمام المسمى تستحقه كل واحدة ان صح نكاحها ونكاحها يصح في حال دون حال فلهذا كان لكل واحدة نصف ذلك فان كان الزوج حيا فجامع امرأة منهن أو طلقها أو ظاهر منها كان هذا اقرارا منه بانها ومن معها الاولى لان البيان تارة يحصل

بالتصريح وتارة بالدليل فاقدامه على الظهار والطلاق فى احداهن بيان منه ان نكاحها صحيح لان ماباشره من التصرف مختص بالنكاح الصحيح وكذلك ان جامع لان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ماأمكن وانما يكون وطؤه اياها حلالا اذا كان صح نكاحها فلهذا كان هذا بمنزلة البيان منه ان السابق عقدها ﴿قال﴾ وان كانت احدى الثلاث أم احدى الثنتين ولم يدخل بشيء منهن فالجواب على ما تقدم أيضاً لان الصحيح نكاح أحد الفريقين وهو السابق منهما وفى هذا لايفترق الحال بين ان يكون بينهما محرمية أولم يكن ﴿قال﴾ ولو كان مع الثلاث أمة كان نكاح الامة فاسداً على كل حال لانه ان تقدم هذا العقد فنكاح الحرائر بهذا العقد صحيح ومتى صح نكاح الحرائر بطل نكاح الامة المضمومة اليهن وان تأخر نكاحهن فهو فاسد ولهذا كان نكاح الامة فاسداً على كل حال ﴿قال﴾ وكذلك لو كانت احدى الثنتين أمة فنكاحها فاسد بيقين لما قلنا فان مات الزوج قبل ان يدخل بهن وقبل ان يبين الاولى منهن واحدى الثلاث أمة واحدى الثنتين أمة فنكاح الامتين فاسد ونكاح الحرائر كلهن جائز أما فساد نكاح الامتين لما قلنا وعند فساد نكاحهما الحرائر أربع فيجوز نكاحهن المتقدم والمتأخر في ذلك سواء وان كانت احدى الثلاث أمة والثنتان حرتان وقد تزوج الواحدة الحرة قبلهن يعلم ذلك فنكاح الامة فاسد لعلمنا انه تزوجها على حرة ونكاح الامة على الحرة فاسد وللحرة المنفردة المهر وثلث ميراث النساء لان نكاحها صحيح بيقين وانما يزاحمها فى الميراث امرأتان اما المنفردتان أواللتان كانتامع الامة فلها ثلث ميراث النساء ولكل حرتين نصف مابقى من الميراث لاستواء حال الفريقين في ذلك فان كل فريق ان تقدم نكاحها استحق ذلك وان تأخر لا ويكون للفريقين مهران بينهما سواء لاستواء حال الفريقين فى استحقاق المهرين على ماقلنا ﴿قال﴾ وان كانت احدى الثنتين أمة والثلاث حرائر ولا يعلم أى النساء تزوج أولا فنكاح الامة فاسد للتيقن بضمها الى الحرة والميراث بين الحرائر الخمس على أربعة أسهم للثلاث من ذلك سهم ونصف وللمنفردتين سهمان ونصف وهذا فى الحكم كرجل تزوج ثلاثا في عقدة وواحدة فى عقدة وواحدة فى عقدة ولا يدرى أيتهن أول بل هى تلك المسئلة بعينها ووجه التخريج ان الثلاث ان صح نكاحهن بان تقدم أوكان بعد الواحدة من المنفردتين فلهن ثلاثة ارباع ميراث النساء لان الصحيح معهن نكاح الواحدة من المنفردتين سابقاً أو متأخراً

وان لم يصح فلا شئ لهن بان كان نكاحهن بعد نكاح المنفردتين فلهن نصف ثلاثة ارباع الميراث وذلك سهم ونصف من أربعة وما بقى بين المنفردتين لاستواء حالهما ولانهما يستحقان جميع الميراث فى حال وهو ان يكون نكاحهما سابقاً والربع في حال وهو ان يكون نكاح الثلاث سابقاً فالربع لهما بيقين وهو سهم من أربعة وثلاثة تثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهما سهمان ونصف من أربعة وحالهما في استحقاق ذلك سواء فيكون بينهما نصفين وللثلاث مهر ونصف لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وللمنفردتين مهر ونصف لان نكاح إحداهما صحيح بيقين تقدم أوتأخر فيتيقن لها بمهر والاخرى ان صح نكاحها فلها مهر وان لم يصح فلا شئ لها فيتنصف مهرها وليست احداهما بأولى من الاخرى بشئ فما اجتمع لهما وهو مهر ونصف بينهما نصفان ﴿ قال ﴾ واذا تزوج واحدة فى عقدة وثنتين فى عقدة وثلاثا فى عقدة وأربعا فى عقدة ثم مات ولا يعرف أيتهن أول فنقول ميراث النساء ربعا كان أو ثمناً بين الثنتين والثلاث والاربع أثلاثا لان الميراث انما يتوزع على الاحوال والاحوال ثلاثة بيقين إما أن يصح نكاح الاربع أو نكاح الثلاث مع الواحدة أو نكاح الثنتين مع الواحدة وليس هنا حالة رابعة وباعتبار الاحوال كل فريق فى استحقاق الميراث مساو للفريقين الآخرين على معنى أنه ان تقدم نكاحه استحق الميراث والا فلا فلهذا كان الميراث بينهن أثلاثا لا مزاحمة للواحدة مع الاربع فى الثلث الذى صار لهن لان نكاحها لا يجوز معهن وانما أخذن ما أخذن باعتبار جواز نكاحهن ولكنها تدخل مع الثلاث فتأخذ ثمن ما أصابهن لانهن انما أخذن ما أخذن باعتبار جواز نكاحهن ونكاح الواحدة يجوز معهن الا أن فى نكاح الواحدة تردداً فانه اما أن يجوز مع الثلاث أو مع الثنتين فان جاز مع الثلاث كان لها ربع ما فى يدي الثلاث وان جاز مع الثنتين لم يكن لها شئ مما فى يدى الثلاث فتأخذ مما في يدى الثلاث نصف الربع وهو الثمن والباقي بين الثلاث أثلاثا ثم تدخل مع الثنتين فتأخذ سدس ما فى يديهما لانهما أخذتا باعتبار جواز نكاحهما ونكاح الواحدة يجوز مع نكاحهما فان كان جواز نكاحها معهما كان لها ثلث مافى أيديهما وان كان مع الثلاث لم يكن لها شئ مما فى أيديهما فلهذا تأخذ منهما نصف الثلث وهو سدس مافي أيديهما والباقي بينهما نصفان وأما حكم المهر فنقول على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لهن ثلاثة مهور

ونصف مهر لانه ان جاز نكاح الاربع فلهن أربعة مهور وان جاز نكاح الثلاث مع الواحدة فكذلك وان كان جاز نكاح الثنتين مع الواحدة فلهن ثلاثة مهور فثلاثة مهور لهن بيقين والمهر الرابع يثبت في حالين ولا يثبت في حال ولكن أحوال الاصابة حالة واحدة فكانه ثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهن ثلاثة مهور ونصف مهر فاما نصف مهر من ذلك فللاربع ثلاثة أرباعه وللثلاث ربعه لانه لا منازعة للثنتين في هذا النصف والاربع يدعين ذلك لأنفسهن والثلاث يدعين ذلك بانضمام الواحدة اليهن وانضمام الواحدة اليهن في حال دون حال فباعتبار الحالين يكون للثلاث نصف نصف هذا وهو الربع وللاربع ثلاثة أرباع فأما مهر واحد فللاربع منه سدسان ونصف سدس وللثلاث سدسان ونصف سدس وللثنتين سدس لان الثلاث والاربع يدعين هذا المهر لانفسهن والثنتان لا يدعيان ذلك الا بانضمام الواحدة اليهما وانضمام الواحدة اليهما في حال دون حال ففي حالة الانضمام لهما ثلث ذلك وفي غير حالة الانضمام لا شيء لهما فلهما نصف الثلث وهو السدس والباقي وهو خمسة أسداس استوت فيه منازعة الثلاث والأربع فكان بينهما نصفين لكل فريق سدسان ونصف سدس وأما المهران فقد استوت في ذلك منازعة الفرق الثلاث فكان بينهن أثلاثاً لكل فريق ثلثا مهر فأما الأربع فقد أصابهن مرة ثلثا مهر ومرة سدسان ونصف سدس ومرة ثلاثة أرباع النصف فيجمع ذلك كله ويقسم بينهن بالسوية اذ لا مزاحمة للواحدة معهن واما الثلاث فقد أصابهن مرة ثمن مهر ومرة سدسان ونصف سدس ومرة ثلثا مهر فيجمع ذلك كله ثم الواحدة تأخذ ثمن جميع ذلك لانه ان صح نكاحها معهن فلها ربع ذلك وان لم يصح فلا شيء لها فتأخذ ثمن ذلك والباقي بين الثلاث بالسوية واما الثنتان فانهما أصابهما مرة ثلثا مهر ومرة سدس مهر فتدخل الواحدة معهما وتأخذ سدس ما في أيديهما لانه ان جاز نكاحها معهما فلها ثلث ذلك والا فلا شيء لها فتأخذ نصف الثلث وهو السدس ثم الباقي بينهما نصفان واذا أردت تصحيح الحساب فالطريق فيه ضرب هذا المخارج بعضها في بعض وهو واضح لا يشتغل به للتحرز عن التطويل وعلى قول محمد رحمه الله تعالى للاربع مهر وثلث مهر وللثلاث مهر وللاثنتين ثلثا مهر وللواحدة نصف مهر فجملة ذلك أيضاً ثلاثة مهور ونصف كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ووجه التخريج ان الأحوال ثلاثة فيجب اعتبار كل حالة فيقول نكاح الاربع يصح في حال ولا يصح في حالين فان صح

نكاحهن فلهن أربعة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن وأحوال الحرمان أحوال فلهن ثلث ذلك وهو مهر وثلث مهر بينهن بالسوية والثلاث ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن ونكاحهن يصح فى حال ولا يصح في حالين فلهن ثلث ذلك وهو مهر واحد والثنتان ان صح نكاحهما فلهما مهران ونكاحهما صحيح فى حال دون حالين فلهما ثلث ذلك وذلك ثلثا مهر والواحدة يصح نكاحها فى حالين اما مع الثلاث أومع الثنتين ولا يصح نكاحها فى حال وهو ما اذا تقدم نكاح الاربع لكن أحوال الاصابة حالة واحدة فكان نكاحها يصح فى حال دون حال فكان لها نصف المهر وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها احتياطا

﴿قال﴾ فان كانت احدى الاربع أمة والمسئلة بحالها فنكاح الأمة فاسد بيقين لانضمامها الى الحرائر ولا حظ لها من المهر ولا من الميراث ونكاح المنفردة هنا صحيح على كل حال لان الباقي فى الحاصل ثلاث وثلاث واثنتان وواحدة فيتيقن بصحة نكاح الواحدة اما مع الثنتين أو مع احد الفريقين من الثلاث ثم بيان حكم المهران على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لهن ثلاثة مهور ونصف لما بينا ان أكثر مالهن أربعة مهور وأقل مالهن ثلاثة مهور فيتوزع المهر الرابع نصفين ثم للمنفردة من هذه الجملة مهر كامل لانا تيقنا بصحة نكاحها بقى مهران ونصف فأما نصف مهر من ذلك لامنازعة فيه للثنتين وكل فريق من الثلاث يدعين ذلك فيكون بين الفريقين نصفين بقى مهران استوت فيهما منازعة الفرق الثلاثة فكان بينهن أثلاثا لكل فريق ثلثا مهر فأما على قول محمد فللواحدة مهر كامل لما قلنا ولكل فريق من الثلاث مهر واحد لان نكاح كل فريق يصح في حال ولا يصح في حالين وفى حالة الصحة لهن ثلاثة مهور وأحوال الحرمان أحوال فكان لكل فريق ثلث ذلك وهو مهر واحد ونكاح الثنتين يصح في حال ولا يصح فى حالين وفى حالة الصحة لهما مهران فلهما ثلث ذلك وهو ثلثا مهر وميراث النساء بينهن للواحدة من ذلك سبعة من أربعة وعشرين لان نكاحها صحيح بيقين فان صح مع الثنتين فلها ثلث الميراث ثمانية من أربعة وعشرين وان صح مع الثلاث فلها ربع الميراث ستة من أربعة وعشرين فقدر ستة يقين وما زاد على ذلك يثبت في حال دون حال فلهذا كان لها سبعة ولا يقال ستة لها فى حالين بأن يصح نكاحها مع هؤلاء الثلاث أو مع الفريق الآخر فكان ينبغي أن تعتبر الحالتان فى حقها لانهما حالتا حرمان الزيادة وهذا لانه لا فرق فى حقها بين أن يكون صحة نكاحها مع هذا

الفريق أومع الفريق الآخر واعتبار الاحوال لايتفاوت و اذا لم يكن فى حقها تفاوت فى هاتين الحالتين فهما حالة واحدة ﴿قال﴾ ولهم واحد من الباقى وهو سبعة عشر بين الثلاث نصفان لان الثنتين لايدعيان أكثر من ثاثى الميراث وما بقى وهو ستة عشر بينهن اثلاثا لاستواء حالهن في استحقاق ذلك ولكن هـذا الجواب على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فاما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الباقى بعد نصيب الواحـدة كله مقسوم بين الفرق أثلاثا لاستواء حالهن في استحقاق مايفرغ من حق الواحدة وقد تقـدم بيان نظائره ﴿قال﴾ ولوكان طلق اثنتين من نسائه ثم مات قبل ان يبين والمسئلة بحالها كان لهن مهران ونصف لانه قد سقط بطلاق الثنتين قبل الدخول مهر واحـد وقد كان الثابت لهن قبل الطلاق ثلاثة مهور ونصفا فاذا سقط مهر كان الباقي مهرين ونصفا فاما الواحدة فأكثر مايكون لها ربع ثلاثة مهور بان كان صح نكاحها مع الثلاث ووجب أربعة مهور ثم سقط مهر بالطلاق بقى ثلاثة مهور لها ربع ذلك وأقل مايكون لها ثلث مهرين بأن يكون نكاحها صح مع الثنتين فكان الواجب ثلاثة مهور سقط مهر بالطلاق وبقى مهران فلها ثلث ذلك وذلك ثلثا مهر فقـدر ثاثي مهر لها بيقـين وما زاد على ذلك الى تمام ثلاثة ارباع مهر وذلك نصف سدس مهر يثبت فى حال دون حال فيتنصف فيكون لها ثلثامهر وربع سدس مهر ومابقى يكون بين الفرق الثلاثة أثلاثا لاستواء حالهن فى دعوى ذلك والميراث على ماوصـفنا في المسئلة الاولى قال الحاكم رحمه الله تعالى هذا الجواب ليس بسديد فى حكم المهر على مذهب ابى يوسف رحمه الله تعالى ولم يبين الجواب الصواب على قول أبي يوسف رحمـه الله تعالى ولكن بيان ذلك على مذهبـه ان نقول لما كان الواجب لهن مهـرين ونصفا فاما نصف مهر من ذلك تأخذه الواحدة لان الثنتين لايدعيان ذلك أصلا والثلاث انما يدعين ذلك بالواحـدة فاما بدون الواحدة فلايدعين شيئا من ذلك فـكانت الواحدة بذلك أولى ممن يدعي الاستحقاق بها فلهذا تأخذ الواحـدة نصف مهر بقى مهران فاما نصف مهر من ذلك فالثـلاث يدعين ذلك بأنفسهن والمثنى يدعيان ذلك بالواحدة والواحدة مضمومـة اليهن فى حال دون حال فـكان سدس هذا النصف للمثنى ولـكل فريق من الثلاث سدسان ونصف سدس بقى مهر ونصف استوت منازعة الفرق الثلاث فيه فكان بينهن اثلاثا فقد أصاب الثنتين مرة نصف مهر ومرة سدس النصف فذلك سبعة من اثنى عشر وأصاب كل فريق من الثـلاث مرة

نصف مهر ومرة سهمان ونصف سدس من ستة من النصف الآخر فذلك ثمانية ونصف ثم الواحدة ان كان يصح نكاحها مع الثنتين فلها ثلثا مهر وقد وصل اليها نصف مهر بقى الى تمام حقها سدس مهر ونكاحها مع الثنتين صحيح فى حال دون حالين فتأخذ منهما ثلث سدس مهر ثم تجئ الى كل فريق من الثلاث فان صح نكاحها مع كل فريق من الثلاث فلها ثلاثة ارباع مهر وقد وصل اليها نصف مهر بقى الى تمام حقها سدس ونصف سدس فتأخذ من كل فريق ثلث ذلك فيجتمع لها ثلثا مهر وثلث سدس مهر وما بقى فى يد كل فريق مقسوم بينهم بالسوية ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل امرأة وابنتيها فى عقد متفرقة ثم مات ولا يعلم أيتهن أول فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح الواحدة وهى السابقة منهن أيتهن كانت ثم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى نصف هذا المهر الام ونصفه للبنتين بينهما نصفان وكذلك الميراث نصفه للأم ونصفه للبنتين بينهما نصفان وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر والميراث بينهن أثلاثا فطريقهما واضح فان حجة كل واحدة مثل حجة صاحبتيها على معنى أنه ان تقدم نكاحها استحقت ذلك وان تأخر فلا شئ لها والمساواة فى سبب الاستحقاق يوجب المساواة فى الاستحقاق ألا ترى أنهن لو كن امرأة وأمها وابنتها أو امرأة وأمها وأخت أمها كان الميراث والمهر بينهن أثلاثا فأما أبو حنيفة رحمه الله له فى المسئلة طريقان أشار فى الكتاب الى أحدهما فقال من قبل أنه لا يثبت نكاح احدى البنتين بيقين ومعنى هذا أنا تيقنا ببطلان نكاح احدى البنتين وان الأم لا يزاحمها الا احدى البنتين فلهذا كان لها نصف المهر ونصف الميراث وقد استوى فى النصف الآخر حال البنتين لانه ليست احداهما بتعيين جهة البطلان فى نكاحها بأولى من الأخرى فلهذا كان بينهما نصفين وطريق آخر أن سبب بطلان النكاح فى حق الام واحد وهو المصاهرة لانه سواء تزوج الكبرى من البنتين أولا أو الصغرى فقد حرمت الام بالمصاهرة فأما السبب فى حق كل واحد من البنتين مختلف لأن فساد نكاحها مرة فى الجمع بين الاختين ومرة بالجمع بين الام والبنت واحدهما غير الآخر فوجب اعتبار الثنتين فى حق كل واحدة منهما والتوزع على أسباب الحرمة فاذا كان سبب الحرمة فى حق الأم واحداً وفى حق البنتين متعدداً لم يكن بينها وبين كل واحدة منهما مساواة فى الحرمان بل حالها أحسن فكان لها ضعف ما لكل واحدة منهما فأما ما استشهدا به فقد قيل الكل

على الاختلاف وقد يستشهد محمد رحمه الله تعالى بالمختلف على المختلف والصحيح الفرق من قبل انه لا يقين في بطلان نكاح واحدة بل حال الام والجدة والنافلة في ذلك سواء وكذلك السبب المتعدد في حرمة كل واحدة منهن باعتبار اختلاف الاسم كالام والجدة والام والخالة أو الام والبنت فلما استوى حالهن كان الواجب بينهن أثلاثا بالسوية وان متن جميعاً والزوج حي فالقول في الاولى منهن قوله كما في حال حياتهن القول في بيان الاولى قوله لان الملك حقه فكذلك بعد موتهن القول في بيان الاولى قوله وان مات الزوج بعدهن قبل أن يبين فله ثلث ميراث زوج من كل واحدة منهن وعليه ثلث ما سمي لكل واحدة منهن من المهر باعتبار الاحوال لان نكاح كل واحدة صحيح في حال دون حالين فلها ثلث ما سمي لها وباعتبار صحة نكاحها له ميراث زوج منها والصحة في حال دون حالين فله ثلث ميراث زوج من كل واحدة منهن ﴿ قال ﴾ فان كان تزوج البنتين في عقدة واحدة فنكاحهما باطل لانا نتيقن ببطلان نكاحهما بسبب الجمع بين الاختين سواء تقدم أو تأخر وعند التيقن ببطلان نكاحهما نتيقن بصحة نكاح الام فهي امرأته تقدم نكاحها أو تأخر ﴿ قال ﴾ وان كان قد دخل بهن جميعا ثم مات ولا يدرى أيتهن دخل بها أولا فنقول اما لكل واحدة من البنتين الاقل مما سمى لها ومن مهر المثل لانه دخل بهما بحكم نكاح فاسد ولا ميراث لهما لفساد نكاحهما وكذلك لا ميراث للأم لان نكاحها قد بطل في حال حياته بالدخول بالبنتين سابقا أو متأخراً فان الدخول بالبنت يحرم الام على التأبيد وأما المهر ففي القياس للام مهر وربع مهر وفي الاستحسان لها مهر واحد وجه القياس ان نكاح الام صحيح بيقين فان كان دخل باحدى البنتين قبل الام فقد حرمت الام بذلك ووجب لها نصف المهر لان الفرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ثم دخل بالام بعد ذلك فيجب لها بالدخول مهر فكان لها من هذا الوجه مهر ونصف وان كان دخل بالام أولا فلها مهر واحد وهو المسمى ثم حرمت عليه بالدخول بالبنت بعد ذلك فان كان لها في وجه مهر ونصف وفي وجه مهر فلها مهر بيقين والنصف يثبت في حال دون حال فيتنصف ولكنه استحسن فقال لها مهر واحد لانه يجعل كانه دخل بالأم أولا فان فعله محمول على الحل ما أمكن وأول فعله يمكن أن يحمل على الوطء الحلال ثم لا امكان بعد ذلك فلهذا جعلنا كأنه وطئ الأم أولا حتى يعلم غير ذلك والثاني ان المهر والنصف وجوبهما باعتبار

سببين أحدهما العقد الصحيح والآخر الوطء بالشبهة ولم يظهر السببان إنما الظاهر سبب واحد وهو العقد الصحيح فاما الوطء تصرف في الملك بعده وباعتبار العقد الصحيح لايجب الامهر واحد فلهذا كان لها مهر واحد وعلى كل واحدة منهن ثلاث حيض لدخوله بهن ولو لم يكن دخل بالأم ودخل بالبنتين أو احداهما فللام نصف المسمى لوقوع الفرقة بسبب من جهة الزوج بعد صحة نكاحها ولا عدة عليها وللمدخول بها من البنتين الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة بثلاث حيض ﴿قال﴾ وان كان تزوجهن فى عقد متفرقة ولم يدخل بشئ منهن حتى قال احداكن طالق فهذا الكلام لغو منه لان السابق منهن امرأته والاخريان أجنبيتان ومن جمع بين امرأته وأجنبيتين وقال احداكن طالق لم يقع شئ ﴿قال﴾ وان قال احدى نسائه طالق وقع على امرأته منهن لانه أضاف الطلاق الى امرأته فان فى نكاحه امرأة واحدة ومن كان فى نكاحه امرأة واحدة اذا قال احدى نسائى طالق وقع الطلاق بذلك اللفظ على امرأته بخلاف الاول فان هناك أوقع الطلاق على احدى المعينات بغير عينها وفيهن من ليست بمنكوحة له فلا تتعين امرأته لذلك الطلاق واذا وقع الطلاق على امرأته فلها نصف المهر ثم الخلاف فى نصف المهر هنا كالخلاف فى جميع المهر فى المسئلة الاولى ولاميراث لواحدة منهن لوقوع الفرقة بالطلاق قبل الدخول ﴿قال﴾ وان كان تزوج البنتين فى عقدة ثم قال احدى نسائى طالق طلقت الام بذلك لان الصحيح نكاح الام وهو بهذا اللفظ موقع الطلاق على من صح النكاح بينه وبينها فلهذا طلقت الام ولها نصف المهر ولاعدة عليها ولاميراث لها وان قال احداكن طالق لم يقع الطلاق على الام الاان ينويها لانه جمع بين امرأته واجنبيتين وأوقع الطلاق على احداهن فلا يتعين لذلك امرأته الا أن ينويها بقلبه ولو كان تزوجهن في عقدة واحدة فنكاحهن فاسد بعلة الجمع فان كان فيهن أمة جاز نكاح الامة لان نكاح الحرتين منهن باطل بيقين فان الحرتين ان كانتا ابنتين بطل نكاحهما للجمع بين الأختين وان كانتا أما وبنتا بطل نكاحهما للجمع أيضا ومتى كان نكاح الحرتين باطلا بيقين لايبطل به نكاح الأمة لان بطلان نكاح الامة بضمها الى الحرة وذلك عند صحة نكاح الحرة لاعند بطلان نكاحها ﴿قال﴾ وان كان فيهن أمتان جاز نكاح الحرة لان نكاح الأمتين باطل بيقين فانهما اما أختان أو أم وبنت واذا بطل نكاحهما كان ضمهما الى الحرة لغوا فجاز نكاح الحرة

بمنزلة مالو كانت اثنتان منهما ذواتي زوج أو في عدة من زوج ولما بطل نكاحهما صح نكاح الفارغة منهن ﴿قال﴾ وان تزوج خمس حرائر وأربع اماء في عقدة واحدة جاز نكاح الاماء وبطل نكاح الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد كان باطلا ولو انفرد نكاح الاماء كان صحيحاً فعند الجمع يصح نكاح من يصح نكاحه عند الانفراد وبمثله لو تزوج أربع اماء وأربع حرائر في عقدة جاز نكاح الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد هنا كان صحيحا فيندفع بنكاحهن نكاح الاماء كما لو تزوج حرة وأمة في عقدة واحدة والاصل الذي تدور عليه المسائل انه متى جمع في العقد بين الحرائر والاماء نظر فان كان نكاح الحرة يجوز عند الانفراد يبطل نكاح الامة لانه تحقق ضمها الى الحرة في النكاح وان كان نكاح الحرة لا يجوز عند الانفراد يصح نكاح الامة لانه لم يتحقق انضمامها الى الحرة في النكاح ألا ترى أن الحرة لو كانت ذات رحم محرم منه فجمع بينها وبين أمة في النكاح جاز نكاح الامة لانه لم يتحقق ضمها الى نكاح الحرة حين لا وجه لتصحيح نكاح الحرة ﴿قال﴾ وان تزوج حرة وأمة في عقدة واحدة واحداهما ابنت الاخرى جاز نكاح الحرة لان كل واحدة لو انفرد نكاحها هنا يصح فيتحقق ضم الامة الى الحرة فلهذا جاز نكاح الحرة دون الامة ﴿قال﴾ واذا كان للرجل أربع نسوة فتزوج خامسة ودخل بها فرق بينه وبينها لبطلان نكاحها وعليه لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة ولم يقرب الاربع حتى تنقضي عدة الخامسة لانه لو قربهن كان جامعا ماءه في رحم خمس نسوة بالنكاح ولان عدة تلك الواحدة يمنع ابتداء نكاح الاربع اذا اقترن بنكاحهن فيمنع الوطء اذا طرأ على نكاحهن كعدة الاخت لما منعت نكاح الاخت اذا اقترنت به منعت الوطء اذا طرأت عليه حتى اذا وطئ أخت امرأته بشبهة فليس له أن يطأ امرأته حتى تنقضي عدة أختها ﴿قال﴾ ولا بأس أن يتزوج الرجل أخت أم ولده لأن فراش أم الولد ضعيف ألا ترى أنه مجوز للنسب غير ملزم حتى لو نفي المولى ولده انتفي بمجرد نفيه والنكاح قوي ملزم بنفسه والضعيف لا يكون دافعا للقوي والدليل عليه أن المولي لو زوج أم ولده كان النكاح صحيحا فكما أن فراشها لضعفه لا يمنع تزويجها فكذلك لا يمنع المولى نكاح أختها اعتبارا للمنع في احد الجانبين بالمنع في الجانب الآخر وكذلك لو تزوج أخت مدبرته أو أخت أمة له قد كان يطأها وهذا أظهر فانه لا فراش لهما غير أنه لا ينبغي أن يطأ التي تزوج حتى يملك فرج الامة غيره لانه لو وطأها صار جامعاً ماءه في رحم

أختين ولان الجمع بين الاختين في الاستفراش الحقيقي حرام وقد تحقق منه استفراش الاولى فلا يحل له أن يستفرش الثانية مالم ينقطع حكم ذلك الاستفراش وانقطاعه بالتزويج أو البيع في محل البيع فان لم يكن وطئ أمته ولا مدبرته فلا بأس بأن يطأ امرأته وليس له أن يطأ الامة والمدبرة بعد النكاح لان المنكوحة بالعقد صارت فراشاً فليس له أن يستفرش الامة بعد ذلك وله أن يطأ المنكوحة لانه لافراش له على المملوكة حقيقة وحكما ﴿قال﴾ ولو زوج أم ولده ثم وطئ امرأته ثم مات زوج أم الولد أو فارقها فله أن يطأ امرأته مادامت أم ولده تعتد من زوجها لان فرجها حرام عليه في حال عدتها كما هو حرام عليه في حال نكاحها فاذا انقضت عدتها فلا ينبغي له ان يطأ امرأته حتى يملك فرج أم الولد من غيره لان النكاح قد ارتفع بآثاره فعاد الحكم الذي كان قبله وكذلك الامة والمدبرة اذا كان وطئها قبل ان يتزوج الأخت فحكمهما وحكم أم الولد سواء ﴿قال﴾ فان أعتق أم ولده فعليها ان تعتد بثلاث حيض عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى عليها حيضة واحدة ومذهبنا مروى عن عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ومذهبه مروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ويستوى ان أعتقها أو مات عنها الاعلى قول عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما فانه كان يقول لا تلبسوا علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم عدة أم الولد اذا مات عنها سيدها أربعة أشهر وعشراً وهذا دليلنا فانه الزمها عدة الحرائر الا انا نوجب الحيض لان هذه العدة لا تجب الا باعتبار الدخول وتوهم اشتغال الرحم فيقدر بالحيض في الحياة والوفاة كالعدة من نكاح فاسد ووطء شبهة احتج الشافعي فقال عدتها أثر ملك اليمين فتقدر بحيضة واحدة كالاستبراء ودليل صحة اعتباره بالاستبراء أنه لا يختلف بالحياة والوفاة وتأثيره ان المقصود تبين فراغ الرحم لا غير وذلك يحصل بالقرء الواحد ولكنا نقول هذه عدة وجبت على حرة فلا يكتفي فيها بحيضة واحدة كعدة النكاح بل أولى فان عدة النكاح قد تجب على الأمة وهذه العدة لا يجب الا على الحرة وتأثيره ان الحرة كاملة الحال فالوظيفة التي لا تجب الا على الحرة تجب بصفة الكمال لان المعتبر حال وجوب العدة لا ما كان قبله وبه يتبين الفرق بينه وبين الاستبراء فان الاستبراء لا يجب عليها ولكن على المولى أن يستبرئها قال صلى الله عليه وسلم ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا خطاب للمولى دون الأمة فان قول القائل لا تضرب فلانا خطاب للضارب دون المضروب توضيحه

أن سبب وجوب الاستبراء حدوث ملك الحل بسبب ملك اليمين ألا ترى أنه لو اشتراها من صبي أو امرأة يجب وهنا سبب وجوب المدة زوال الفراش والعدة التي تجب بزوال الفراش لا يكتفي فيها بحيضة واحدة فان تزوج المولى أختها في عدتها لم يجز عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى غير انه لا يقربها حتى تنقضي عدة أختها ولو تزوج أربعاً سواها في عدتها جاز عندنا وله ان يقربهن وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له ذلك زفر رحمه الله تعالى يقول انها معتدة فلا يتزوج أختها ولا أربعا سواها كالمعتدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة بل أولى لان أصل فراشه في النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ما كان موجبا للحل له وأصل الفراش هنا موجب الحل ثم العدة التي هي أثر الفراش هناك تمنع نكاح الأخت والأربع فهنا أولى وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا عدة أم الولد أثر فراشها وأثر الشيء لا يربو على أثر أصله في المنع فاذا كان أصل فراشها لا يمنع المولى من نكاح أختها وأربع سواها فكذلك أثر فراشها وأصل الفراش بالنكاح الصحيح أو الفاسد بعد الدخول يمنع نكاح الأخت والأربع فكذلك أثره وهذا لانه يبقى ببقاء العدة من المنع ما كان ثابتاً لا ان يثبت مالم يكن ثابتا وهذا بخلاف تزويجها من الغير فان أصل فراشها مانع من التزويج من الغير اذا بقي حتى لو كانت حاملا ليس له ان يزوجها من غيره فكذلك أثر فراشها يمنع الا انها اذا كانت حاملا فله ان يقطع فراشها بالتزويج وليس له ان يقطع عدتها لحق الشرع والفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهما من وجهين (أحدهما) أن بسبب بقاء العدة يبقى الفراش حتى اذا جاءت بالولد يثبت النسب منه ولا يثبت النسب منه الا باعتبار الفراش فلو تزوج أختها صار جامعا بين الاختين في الفراش وذلك حرام واذا تزوج أربعا سواها صار جامعا بين خمس نسوة في الفراش ولكن بسببين مختلفين وذلك جائز ألا ترى أن من عنده أربع نسوة له أن يستولد من الجواري ما شاء والثاني أن فراشها بالعتق يتقوى حتى يثبت النسب بعد العتق على وجه لا يملك نفيه بخلاف ما قبل العتق وكذلك بعد العتق لا يملك تزويجها وان كان قبل العتق يجوز تزويجها فكل منع كان ثابتاً في أصل فراشها يتقوي ذلك بعتقها والمنع من استفراش الاخت كان ثابتا في أصل فراشها حتى لا يحل له أن يطأ أختها بملك اليمين ولا بملك النكاح فيتقوى ذلك المنع بالعتق فيمنع عقد النكاح أصلا ولم يكن هو في أصل فراشها

ممنوعا من استفراش الاربع بالنكاح فلو صار ممنوعا بعد العتق كان هذا اثبات منع مبتدأ لا اظهار قوة فيما كان ثابتا توضيحه أن المقصود بالنكاح الوطء ولما لم يكن هو باعتبار عدتها ممنوعا من وطء الاربع بالنكاح بأن يعتقها وتحته أربع نسوة كان له أن يطأهن فكذلك لا يكون ممنوعا من العقد عليها أيضاً بمنزلة المعتدة بالنكاح ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل أربع نسوة فى عقدة وثلاثا في عقدة ثم طلق احدى نسائه ثم مات قبل ان يبين فلهن ثلاثة مهور أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلان أكثر مالهن ثلاثة مهور ونصف مهر بان صح نكاح الأربع وقد سقط بطلاق احداهن نصف مهر وأقل مالهن مهران ونصف مهر بان صح نكاح الثلاث وقد سقط نصف مهر بطلاق احداهن فقدر مهرين ونصف بيقين ومهر آخر يثبت فى حال دون حال فيتنصف فكان لهن ثلاثة مهور نصف مهر من ذلك للأربع خاصة لان الثلاث لا يدعين ذلك واستوت منازعة الفريقين فى المهرين والنصف فكان بينهما نصفان لكل فريق مهر وربع والميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما فى استحقاقه وعند محمد رحمه الله تعالى كذلك لان الاربع ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور ونصف مهر لانه طلق احداهن قبل الدخول وان لم يصح نكاحهن فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وثلاثة ارباع والثلاث ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصف وان لم يصح فلاشئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وربع مهر ﴿قال﴾ ولو تزوج ثلاث نسوة في عقدة فدخل بواحدة منهن ولم يدخل بالثنتين ثم طلق إحدى نسائه واحدة والاخرى ثلاثا ثم مات قبل أن يبين فللمدخول بها مهر تام لتأكد مهرها بالدخول وللتين لم يدخل بهما مهر وربع مهر في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان أكثر مايكون لهما مهر ونصف بأن يكون احد الطلاقين واقعا على المدخول بها والآخر على احدهما وأقل مالهما مهر واحد بأن يكون الطلاقان وقعا عليهما فمهر واحد لهما بيقين ونصف مهر يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لهما مهر وربع مهر بينهما نصفان وعلى قول محمد رحمه الله تعالى للتين لم يدخل بهما مهر وثلث مهر هكذا ذكر في هذا الكتاب وفي الزيادات يقول لهما مهر وربع مهر كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ولكن بطريق آخر وهو ان احداهما مطلقة بيقين فيعزلها بنصف مهر والاخرى ان وقع الطلاق عليها فلها نصف مهر وان لم يقع فلها مهر كامل فنصف مهر لها بيقين والنصف الآخر يثبت

فى حال دون حال فيتنصف فكان لهـا ثـلاثة ارباع مهر فاذا ضممت ذلك الى نصف مهر يكون مهرا وربع مهر بينهما ووجه رواية هـذا الـكتاب انه لو لم يدخل بشئ منهن لـكان الواجب عليـه مهـرين بينهن اثلاثا لـكل واحـدة منهن ثلثا مهـر لانه قدسقط بالطلاقين مهر واحـد وبان دخـل باحـداهن حتى لم ينتقص من مهرها شيء لم يؤثر ذلك فى حق الأخريين بل يجعل في حقهما كأنه لم يدخل بشئ منهن فيكون لهما مهر وثلث مهر بينهما نصفان لـكل واحدة منهما ثلثا مهر وأما المـيراث فعلى قول أبي يوسف رحمـه الله تعالى للمدخول بها خمسة أسهم من اثنى عشر سهما من ميراث النساء والاخريين سبعة أسهم لانه يلغى التطليقات الثلاث فان حالهن فيها على السواء على معني انه على أيتهن وقعت حرمتها بقيت التطليقة الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها ثلث ميراث النساء أربعـة من اثني عشر سهما وان وقعت على أحدى اللتين لم يدخل بهما فلها نصف الميراث ستة فمقدار أربعة لها بيقين وما زاد على ذلك وهو سهمان يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لهاخمسة من اثني عشر والباقي للتين لم يدخل بهما وان وقع الطلاق على احدى اللتين لم يدخـل بهما فلهما نصف الميراث وان وقع على المدخول بها فلهما ثلثا المـيراث فمقدار ستة لهما بيقين وسهمان يثبت في حال دون حال فيتنصف فكان لهما سبعـة وذكر فى بعض نسخ هـذا الـكتاب ان قول محمد رحمه الله تعالى في المـيراث كقول أبي يوسف رحمـه الله تعالى وفى بعض النسخ قال عنده للمدخول بها خمسة أثمان ميراث النساء وللتين لم يدخل بهما ثلاثة أثمان ميراث النساء ووجه ذلك ان احدى اللتين لم يدخل بهما مطلقة محرومة عن المـيراث بيقين فعزلها للحرمان وان كانت معزولة بوقوع الواحدة عليها بقي الثلاث على أيتهما وقعت حرمتها فيكون الميراث فى هذه الحالة نصفين نصفه لاتى دخل بها ونصفه للتين لم يدخـل بهما وان كانت المعزولة للحرمان معزولة بوقوع الثلاث عليها فان وقعت الواحـدة على غـير المدخول بها فالميراث كله للمدخول بها وان وقعت على المدخول بها فالميراث بينهما نصفان فيثبت للمدخول بها في هذه الحالة ثلاثة ارباع الميراث ستة من ثمانيـة باعتبار ان لها النصف في حال والكل فى حال وقد كان لها في الحالة الاولى أربعة فأربعة لها بيقين ومازاد على ذلك الى تمام ستة يثبت فى حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهاخمسة من ثمانية وما بقى للتين لم يدخل بهما أو لان لهما في الحالة الثانية الربع وفى الحالة الاولى النصف فيتنصف الربع باعتبار الاحوال

فلهذا كان لها ثلاثة أثمان الميراث وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث ووجه ذلك أن احدى الاثنين لم يدخل بهما محرومة عن الميراث فيعزلها بايقاع الثلاث عليها لانا نتيقن أن ايقاع الثلاث موجب حرمان الميراث ولا يتيقن بذلك في الواحدة فجعلنا المعزولة للحرمان كان الثلاث وقعت عليها بقيت الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها نصف الميراث وان وقعت على غير المدخول بها فللمدخول بها جميع الميراث فكان لها باعتبار الاحوال ثلاثة أرباع الميراث والباقي وهو ربع الميراث للتين لم يدخل بهما ولو كان دخل باثنتين منهن والمسئلة بحالها فلكل واحدة من اللتين دخل بهما مهر كامل لتأكد مهرهما بالدخول بالنكاح الصحيح والتي لم يدخل بها ثلاثة أرباع المهر فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فانها ان كانت مطلقة فلها نصف مهر وان لم يقع عليها شئ فلها مهر كامل فنصف مهر لها بيقين والنصف الآخر يثبت فى حال دون حال فيتنصف قال وكذلك الجواب عند محمد رحمه الله تعالى وينبغى على قول محمد رحمه الله تعالى أن يكون لها ثلثا مهر بالطريق الذى قلنا أنه لو لم يدخل بشئ منهن كان لكل واحدة منهن ثلثا مهر فيجعل فى حق التى لم يدخل بها كأنه لم يدخل بشئ منهن لان الدخول بغيرها لا يزيد فى حقها سببا فأما الميراث فعلى قول أبي يوسف للتي لم يدخل بها سدس الميراث لانه ان لم يقع عليها شئ فلها ثلث الميراث وان وقع عليها الطلاق فلا شئ لها فلها سدس الميراث به علل محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب وهو غلط فانه ان لم يقع عليها شئ كان لها نصف الميراث لانه لا يزاحمها فى الميراث الا واحدة فان من وقع عليها الطلاق الثلاث من المدخولتين محرومة عن الميراث ولكن الطريق في التخريج أن التي لم يدخل بها لها ثلاثة أحوال ان وقع عليها واحدة فلا شئ لها وان وقع عليها الثلاث فلا شئ لها وان لم يقع عليها شئ فلها نصف الميراث فلها حالتا حرمان وحالة اصابة فلهذا جعل لها ثلث النصف وهو السدس قال وكذلك الجواب فى الميراث عند محمد رحمه الله تعالى قال الحاكم رحمه الله وليس ذلك بسديد بل الصواب عند محمد رحمه الله تعالى أن يكون لها ثمن الميراث وهكذا ذكر فى بعض الروايات لان احدى المدخولتين وارثة فيعزلها للاستحقاق فان كانت معزولة بأن لم يقع عليها شئ فلا شئ للتى لم يدخل بها فى هذه الحالة لان احد الطلاقين وقع عليها لامحالة وان كانت المعزولة للاستحقاق معزولة بوقوع الواحدة عليها فان وقع الثلاث على الأخرى فللتى لم يدخل بها نصف الميراث وان وقع الثلاث على التى لم

يدخل بها فلا شئ لها من الميراث فاذا كان لها النصف في حالة وفي حالة لاشيء لها كان لها الربع ثم هـذا الربع لها في هـذه الحالة ولا شئ لها في الحالة الاولى فلها نصف الربع وهو الثمن والباقى للتين دخل بهما ﴿قال﴾ واذا تزوج امرأتين في عقدة وثلاثا في عقـدة ثم قال قد دخلت باحد الفريقين ثم مات قبل أن يبين فللثنتين مهر واحد وللثلاث مهر ونصف لأن الثلاث ان صح نكاحهن بالسبق وقد دخـل بهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصـح فلا شئ لهن فلهن مهر ونصف مهر والثنتان ان صح نكاحهما فان دخل بهما فلهـما مهران وان لم يصح فلا شئ لهما فلهما مهر واحد والميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما فيه وفقه هـذه المسئلة أنه جعل اقراره بالدخول باحد الفريقين اقرارا بالدخول بمن صح نكاحـه حملا لفعله وقوله على الصحة فان دينه وعقله يدعوانه الى الاقدام على الوطء الحلال ويمنعانه من الاقدام على الوطء الحرام وكذلك لو طلق احدى نسائه ثلاثا لان الايقاع بهذا اللفظ يتناول من صح نكاحها فان من لم يصح نكاحها ليست من نسائه وايقاع الثلاث بعـد الدخول لا يسقط شيئاً من الصداق فكان هذا والاول سواء وان لم يدخل بشئ منهن وطلق احدى نسائه ثلاثا فللثلاث مهر وربع مهر لانه ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصف مهر فانه قد طلق احداهن قبل الدخول وذلك يسقط نصف مهر وان لم يصح نكاحهن فلا شئ لهن فلهذا كان لهن مهر وربع مهر والاثنتين ثلاثة أرباع مهر لانه ان صح نكاحهما فلهما مهر ونصف مهر لوقوع الطلاق على احداهما قبل الدخول وان لم يصح نكاحهما فلا شئ لهما فكان لهما ثلاثة أرباع مهر بينهما نصفان ﴿قال﴾ ولو تزوج ثلاث نسوة فدخـل باحداهن ولا تعرف بعينها ثم طلق احدى نسائه ثلاثا والاخرى واحدة ثم مات قبـل ان يبين فلهن مهران وربع مهـر لانه ان أوقـع احـد الطلاقين على المدخول بها فلهن مهران ونصف مهر وان أوقع الطلاقين على اللتين لم يدخل بهـما فلهن مهران لسقوط مهر بايقاع الطلاقين على غير المدخولتين فقـدر المهرين لهن بيقين ونصف مهر يثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهن مهران وربع مهر بينهن أثلاثا لان المدخولة منهن غير معينة فحالهن في استحقاق ذلك سواء والميراث بينهن اثلاثا لهـذا المعنى وعلى كل واحـدة منهن عـدة المتوفى عنها زوجها تستكمـل في ذلك ثلاث حيض لان كل واحـدة منهن يجوز ان تكون هي التي دخل بها ثم أوقع الثلاث عليها فيلزمها العدة بالحيض أو لم يقـع عليها شئ

فيلزمها عدة الوفاة والعدة يؤخذ فيها بالاحتياط فلهذا كان على كل واحدة منهن عدة الطلاق والوفاة جميعا فان عرفت المدخول بها فلها المهر كاملا لتأكد مهرها بالدخول وللتين لم يدخل بهما مهر وربع مهر فى قول أبي يوسف وفى قول محمد رحمه الله تعالى لهما مهر وثلث مهر وقد بينا تخريج القولين وبينا حكم تخريج الميراث أيضاً على القولين وان عرفت المدخول بها وقد أوقع تطليقة ثانية على احداهن فالميراث بينهن اثلاثا لان حالهن في استحقاق الميراث سواء فان الطلقة الثانية على ايتهن وقعت حرمتها المدخول بها وغير المدخول بها سواء فى ذلك ﴿ قال ﴾ واذا تزوج العبد امرأتين فى عقدة وثلاثا في عقدة ثم مات فنكاح الثلاث باطل لان العبد لا يتزوج أكثر من اثنتين فقد تيقنا ببطلان نكاح الثلاث تقدم نكاحهن أو تأخر ونكاح الاثنتين صحيح تقدم أو تأخر فان كانت احدى الثلاث أمة فنكاح الامة فاسد لانضمام نكاحها الى نكاح الحرة ولا مهر لها لبطلان عقدها وللحرتين اللتين معها مهر واحد لانه ان سبق نكاحهما فلهما مهران وان تأخر نكاحهما فلاشيء لهما وللاخريين مهر واحد أيضاً لهذا المعنى وان كان المولى قد أعتق العبد ثم مات العبد فالميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما في استحقاق الميراث ويستوى ان كان تزوج العبد باذن مولاه أو بغير اذن مولاه لان عقده بغير اذن المولى يتم بالعتق فان المانع حق المولى وقد زال ذلك بالعتق ﴿ قال ﴾ ولو أن رجلا أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه امرأتين في عقدة فنكاحهما باطل وقد بينا هذه المسئلة وقول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول فيها أن نكاح احداهما بغير عينها صحيح والبيان الى الزوج ولو كان امره ان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه واخرى في عقدة جاز نكاح التى أمره بها لانه في العقد عليها ممتثل لأمر الزوج وفي العقد على الأخرى مبتدىء غير ممتثل لأمر سبق من الزوج فينفذ عقده على التى امتثل بها أمر الزوج في العقد عليها ويتوقف فى الاخرى على اجازة الزوج والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النفقة

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه اعلم بأن نفقة الغير تجب بأسباب منها الزوجية ومنها الملك ومنها النسب وهذا الباب لبيان نفقة الزوجات والاصل فيه قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن

وكسوتهن بالمعروف وقال الله تعالى وبما أنفقوا من أموالهم وقال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم معناه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقال صلى الله عليه وسلم أوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً وأن لا يأذنّ في بيوتكم لأحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف وقال صلى الله عليه وسلم لهند خذى من مال أبى سفيان رضى الله عنه مايكفيك وولدك بالمعروف ولأنها محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له فتستوجب الكفاية عليه فى ماله كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته فى مالهم والقاضى لما فرغ نفسه لعمله للسلمين استوجب الكفاية فى مالهم اذا عرفنا هذا فنقول طريق ايصال النفقة اليها شيئان التمكين أو التمليك حتي اذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هى من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالب الزوج بفرض النفقة فانلم يكن بهذه الصفة فخاصمته في النفقة فرض لها عليه من النفقة كل شهر مايكفيها بالمعروف لأن النفقة مشروعة للكفاية فانما يفرض بمقدار مايعلم أنه تقع به الكفاية ويعتبر المعروف فى ذلك وهوفوق التقتير ودون الاسراف لانه مأمور بالنظر من الجانبين وذلك فى المعروف وكذلك يفرض لها من الكسوة مايصلح لها للشتاء والصيف فان بقاء النفس بهما وكما لاتبقى النفس بدون المأكول عادة لا تبقى بدون الملبوس عادة والحاجة الى ذلك تختلف باختلاف الاوقات والامكنة فيعتبر المعروف فى ذلك فان كان لها خدم فرض القاضى لخادم واحد لان الزوج محتاج الى القيام بحوائجها وأقرب ذلك اصلاح الطعام لها وخادمها ينوب عنه فى ذلك فيلزمه نفقة خادمها بالمعروف ولا تبلغ نفقة خادمها نفقتها حتى قالوا يفرض لخادمها أدنى مايفرض لها على الزوج المعسر ولا يفرض الا لخادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يفرض لخادمين لانها قد تحتاج اليهما ليقوم احدهما بامور داخل البيت والآخر يأتيها من خارج البيت بما تحتاج اليه وهما قالا حاجتها ترتفع بالخادم الواحد عادة وما زاد على الواحد فللتجمل والزينة ووجوب النفقة على الزوج للكفاية فكما لا يزيدها على قدر الكفاية فى نفقتها فكذلك فى نفقة خادمها ولو فرض لخادمين لفرض لأكثر من ذلك فيؤدي الا ملا

يتناهى ثم في ظاهر الرواية المعتبر فى ذلك حال الزوج فى اليسار والاعسار فى ذلك قال الله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته الآية بين ان التكليف بحسب الوسع وان النفقة على الرجال بحسب حالهم وذكر الخصاف رحمه الله تعالى فى كتابه ان المعتبر حالهما جميعا حتى اذا كانا موسرين فلها نفقة الموسرين وان كانت هي معسرة تحت زوج موسر تستوجب عليه دون ماتستوجب اذا كانت موسرة لان الظاهر ان دون ذلك يكفيها وان كانت موسرة والزوج معسراً تستوجب عليه فوق ما تستوجب اذا كانت معسرة لتحصل كفايتها بذلك وفي ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله ثم ليس فى النفقة تقدير عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يقدر كل يوم بمدين على الموسر وبمد ونصف على وسط الحال وبمد على المعسر وهذا ليس بقوى فان المقصود الكفاية وذلك مما تختلف فيه طباع الناس وأحوالهم من الشباب والهرم ويختلف باختلاف الاوقات أيضاً ففي التقدير بمقدار اضرار بأحدهما والذى قال في الكتاب أن كان معسراً فرض لها من النفقة كل شهر أربعة دراهم أو خمسة ولخادمها عليه ثلاثة دراهم أو أقل من ذلك أو أكثر فليس هذا بتقدير لازم لان هذا يختلف باختلاف الاسعار فى الغلاء والرخص واختلاف المواضع واختلاف الاوقات فلا معتبر بالتقدير بالدراهم في ذلك وانما ذكر هذا بناء على ماشاهد فى ذلك الوقت والذى يحق على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض لها فى كل وقت ومكان وكما يفرض لها من قدر الكفاية من الطعام فكذلك من الادام لان الخبز لا يتناول الامأدوما عادة وجاء فى تأويل قوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم ان أعلى مايطعم الرجل أهله الخبز واللحم وأوسط ما يطعم الرجل اهله الخبز والزيت وأدنى ما يطعم الرجل أهله الخبز واللبن وأما الدهن فلأنه لا يستغنى عنه خصوصاً فى ديار الحر فهو من أصل الحوائج كالخبز ﴿قال﴾ فان لم يكن لها خادم لم تفرض نفقة الخادم عليه وعن زفر رحمه الله تعالى أنه يفرض لخادم واحد لان على الزوج أن يقوم بمصالح طعامها وحوائجها فاذا لم يفعل ذلك أعطاها نفقة خادم ثم تقوم هي بذلك بنفسها أو تتخذ خادما فاما فى ظاهر الرواية استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا تستوجب نفقة الخادم كالغازى اذا كان راجلا لا يستحق سهم الفارس وان أظهر غنا الفارس فى القتال ﴿قال﴾ والكسوة على المعسر فى

الشتاء درع وملحفة زطية وخمار سابورى وكساء كأرخص ما يكون كفايتها مما يدفئها ولخادمها
قميص كرابيس وازار وكساء كأرخص ما يكون وللخادم فى الصيف قميص مثل ذلك
وازار وللمرأة درع وملحفة وخمار وان كان موسراً فالنفقة عليه للمرأة ثمانية دراهم أو تسعة
ولخادمها ثلاثة دراهم أو أربعة والكسوة للمرأة فى الشتاء درع يهودى أو هروى وملحفة دينوريه
وخمار ابريسم وكساء اذربيجانى ولخادمها قميص زطى وازار كرابيس وكساء رخيص وفي
الصيف للمرأة درع سابورى وملحفة كتان وخمار ابريسم ولخادمها قميص مثل ذلك وازار
والحاصل ان ما ذكر من التقدير بالدراهم لا معتبر به لما قلنا وماذكر من الثياب فهو بناء
على عادتهم أيضاً وذلك يختلف باختلاف الامكنة فى شدة الحر والبرد وباختلاف العادات
فيما يلبسه الناس فى كل وقت فيعتبر المعروف من ذلك فيما يفرض ولم يذكر فى كسوة المرأة
الازار والخف فى شئ من المواضع وذكر الازار فى كسوة الخادم ولم يذكر الخف فان
كانت تخرج للحوائج فلها الخف أو المكعب بحسب مايكفيها فاما المرأة فمأمورة بالقرار فى
البيت ممنوعة من الخروج فلا تستوجب الخف والمكعب على الزوج وكذلك لا تستوجب
الازار لانها مأمورة بأن تكون مهيأة نفسها لبساط الزوج فليس على الزوج ان يتخذ لها مايحول
بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الازار فى كسوتها ثم النفقة للكفاية فى كل يوم فاما الكسوة
فانما تفرض فى السنة مرتين فى كل ستة أشهر مرة فان فعل ذلك لم يجدد لها الكسوة حتي
يبلغ ذلك الوقت الا أن تكون لبست لبسا معتاداً فتخرق قبل مجىء ذلك الوقت فحينئذ
تبين ان ذلك لم يكن يكفيها فتجدد لها الكسوة ولكن ان أخذت الكسوة ورمت بها حتى
جاء الوقت وقد بقيت تلك الكسوة عندها يفرض لها كسوة أخرى لانها لو لبست لتخرق ذلك
فبأن لم تلبس لا يسقط حقها ويجعل تجدد الوقت كتجدد الحاجة وهذا بخلاف كسوة الاقارب
فالمعتبر هناك حقيقة الحاجة واذا بقيت تلك الكسوة فلا حاجة وهنا لا معتبر بحقيقة الحاجة
فانها وان كانت صاحبة ثياب تستوجب كسوتها على الزوج فلهذا فرقنا بينهما ﴿قال﴾ وان كان
الرجل من أهل الغني المشهورين بذلك فلامرأته خمسة عشر درهما كل شهر ولخادمها خمسة
ولها من الكسوة فى الشتاء درع يهودي وملحفة هروى وجبة فرو أو درع خز وخمار
ابريسم ولخادمها قميص يهودى وازار وجبة وكساء وخفين ثم قال محمد رحمه الله تعالى
لا ينبغى أن توقت النفقة على الدراهم لان السعر يغلو ويرخص لكن تجعل النفقة على الكفاية

في كل زمان فينظر الى قيمة ذلك فيفرض لها عليه دراهم شهراً شهراً وقد بينا هذا الفصل والذى قال تفرض شهراً شهراً انما بناه على عادتهم أيضا وبعض المتأخرين من مشايخنا يعتبر في ذلك حال الرجل أيضا فان كان محترفا تفترض عليه النفقة يوما يوما لانه يتعذر عليه أداء النفقة شهراً دفعة واحدة وان كان من التجار يفرض الاداء شهراً شهراً وان كان من الدهاقين تفرض عليه النفقة سنة سنة لان تيسر الاداء عليه عند ادراك الغلات فى كل سنة وتيسر الاداء على التاجر عند اتخاذ أجر غلات الحوانيت وغيرها فى كل شهر وتيسر الاداء على المحترف بالاكتساب فى كل يوم ولا يؤخذ من الزوج كفيل بشئ من النفقة أما نفقة المستقبل فلم تجب بعد والانسان لا يجبر على اعطاء الكفيل مالم يجب عليه وأما الماضى فلانه بمنزلة سائر الديون يؤمر بقضائها ولا يجبر على اعطاء الكفيل ولو خاصمته امرأته فى نفقة ما مضى من الزمان قبل ان يفرض القاضى عليه لها النفقة لم يكن لها شئ من ذلك عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يقضى لها بمالم تستوف من النفقة الماضية وأصل المسئلة أن النفقة لا تصير دينا الا بقضاء القاضى أو التراضى عندنا وعند الشافعى تصير ديناً لان وجوبها بالعقد فلا تحتاج الى القضاء أو الى الرضاء فى صيرورتها دينا بعد العقد كالمهر ولان وجوب النفقة باعتبار قيام الزوج عليها بعد العقد وقد تقرر ذلك فيصير ديناً بدون القضاء كالأجرة يصير ديناً باستيفاء المنفعة بعد العقد وحجتنا فى ذلك ان النفقة صلة والصلات لا تتأكد بنفس العقد مالم ينضم اليها ما يؤكدها كالهبة والصدقة من حيث انها لا تتم الا بالقبض وبيان الوصف ان النفقة ليست بعوض عن البضع فان المهر عوض عن البضع ولا تستوجب عوضين عن شئ واحد بعقد واحد ولان ما يكون عوضاً عن البضع يجب جملة لان ملك البضع يحصل للزوج جملة ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها لان ذلك تصرف منه في ملكه فلا يوجب عليه عوضا فعرفنا ان طريقه طريق الصلة وتأكدها اما بالقضاء أو التراضى ولان هذه نفقة مشروعة للكفاية فلا تصير دينا بدون القضاء كنفقة الوالدين والمولودين لا تصير دينا بمجرد مضى الزمان فكذا هنا وكذلك لو استدانت عليه قبل قضاء القاضى أو التراضى لانه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وانما ولايتها على نفسها فما استدانت يكون فى ذمتها وانفاقها مما استدانت كانفاقها من سائر أملاكها فلا ترجع بشئ من ذلك على الزوج الا ان يكون القاضى فرض لها عليه نفقة كل شهر اوصالحته على نفقة كل شهر ثم

غاب أو حبس للنفقة عليها فاستدانت عليه أو لم تستدن أخذته بنفقة ما مضى لان حقها تأكد بقضاء القاضى أو بالصلح عن تراض فان ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاضي في الالزام وذكر عن شريح قال أيما امرأة استدانت على زوجها وهو غائب فانما استدانت على نفسها وانما أراد به اذا لم يفرض القاضى لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما اذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج لان للقاضى عليه ولاية فأمرها بالاستدانة عليه كأمر الزوج بنفسه ﴿ قال ﴾ وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أجيز الفرض عليه اذا كان غائبا لان الفرض عليه اذا كان غائبا الزام وليس للقاضى ولاية الالزام على الغائب وان كان لها منه ولد فطلبت أن يفرض للولد معها نفقة فرض عليه للصغار والنساء والرجال الزمنى فأما الذين لا زمانة بهم من الرجال فلا نفقة لهم عليه بل يؤمرون بالاكتساب والانفاق على أنفسهم فأما من كان زمنا منهم فهو عاجز عن الاكتساب وبالنساء عجز ظاهر عن الاكتساب وفى أمرها بالاكتساب فتنة فان المرأة اذا امرت بالاكتساب اكتسبت بفرجها فاذا لم يكن لها زوج فهى بمنزلة الصغيرة ونفقتها فى صغرها على الوالد لحاجتها فكذلك بعد بلوغها ما لم تتزوج لان ببلوغها تزداد الحاجة والاصل فى ذلك ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ولان مؤنة الرضاع على الوالد بالنص قال الله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن الى قوله وان تعاسرتم فسترضع له أخرى وذلك حاجة الولد ما دام رضيعا فيكون هذا دليلا على أن كفاية الولد على الوالد ما بقيت حاجته ثم يدفع نفقة الكبار من الولد اليهم لان النفقة حقهم ولهم أهلية استيفاء حقوقهم ولا ولاية لاحد عليهم ويدفع نفقة الصغار الى المرأة لان الصغير فى حجرها وهى التى تصلح له طعامه فيدفع نفقته اليها ثم يبين نفقة الصغير على المعسر بالدراهم وكسوته بالثياب وهذا نظير ماذكرنا فى نفقة الزوجة ان المعتبر ماتقع به الكفاية وهذا أظهر هنا فان الحاجة تختلف باختلاف سن الصغير فلا عبرة بالتقدير اللازم فيه ولكنه ان كان موسرا امر بأن يوسع عليه فى النفقة والكسوة على حسب مايرى الحاكم فيه ويعتبر فيه المعروف في ذلك كما يعتبر فى نفقة الزوجة ﴿ قال ﴾ واذا صالحت المرأة زوجها على نفقة لا تكفيها فلها ان ترجع عن ذلك وتطالب بالكفاية لان النفقة انما تجب شيئا فشيئا فرضاها بدون الكفاية اسقاط منها لحقها قبل

الوجوب وذلك لايجوز ألا ترى أنها لو ابرأته عن النفقة لم تسقط بذلك نفقتها وهذا بخلاف الاجرة فان الابراء عن بعض الاجرة بعد العقد قبل استيفاء المنفعة يجوز بلاخلاف لان سبب الوجوب هنا وهو العقد موجود فيقام ذلك مقام حقيقة الوجوب فى صحة الاسقاط وهناك السبب ليس هو العقد ولكن تفريغها نفسها لخدمة الزوج وذلك يتجدد حالا فحالا فاسقاطها قبل وجود السبب باطل توضيحه ان النفقة مشروعة للكفاية وفى التراضى على مالا تقع به الكفاية تفويت المقصود لا تحصيله فكان باطلا وكذلك ان كان القاضى قضى بذلك لانه تبين أنه أخطأ فى قضائه حين قضى بما لا يكفيها فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها ﴿ قال ﴾ واذا فرض على المعسر نفقة المعسرين ثم أيسر فخاصمته فعليه نفقة الموسرين لما بينا ان النفقة تجب شيئاً فشيئاً فيعتبر حاله فى كل وقت فكما لايستأنف القضاء بنفقة المعسر بعد اليسار فكذلك لايستديم ذلك القضاء وقد كان القضاء عليه بنفقة المعسر لعذر العسرة فاذا زال العذر بطل ذلك كمن شرع فى صوم الكفارة للعسرة ثم أيسر كان عليه التكفير بالمال ﴿ قال ﴾ واذا تغيبت المرأة عن زوجها أو أبت ان تتحول معه الى منزله أو الى حيث يريد من البلدان وقد أوفاها مهرها فلا نفقة لها لانها ناشزة ولا نفقة للناشزة فان الله تعالى أمر فى حق الناشزة بمنع حظها فى الصحبة بقوله تعالى واهجروهن في المضاجع فذلك دليل على انه تمنع كفايتها فى النفقة بطريق الأولى لان الحظ فى الصحبة لهما وفى النفقة لها خاصة ولانها انما تستوجب النفقة بتسليمها نفسها الى الزوج وتفريغها نفسها لمصالحه فاذا امتنعت من ذلك صارت ظالمة وقد فوتت ما كان يجب النفقة لها باعتباره فلا نفقة لها وقيل لشريح رحمه الله تعالى هل للناشزة نفقة فقال نعم فقيل كم قال جراب من تراب معناه لانفقة لها وان كان لم يوفها مهرها فابت عليه ذلك حتى يوفيها فلها النفقة لانها حبست نفسها بحق فلا تكون مفوتة مابه تستوجب النفقة حكماً بل الزوج هو المفوت بمنعها حقها ولان النفقة حقها والمهر حقها فمطالبتها باحد الحقين لايسقط حقها الآخر وكذلك لولم يدخل بها فى ظاهر الرواية الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنها قبل الدخول اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها فلا نفقة لها وكأنه على هذه الرواية اعتبر لوجوب النفقة انتقالها الى بيت الزوج فاذا لم يوجد لاتستوجب النفقة ابتداء فاما بعد ما انتقلت الى بيته ووجبت لها النفقة فلا يسقط ذلك الا بمنعها نفسها بغير

حق وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت زوجها الا ترى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة فكذلك اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان رجعت الناشزة الى بيت الزوج فنفقتها عليه لان المسقط لنفقتها نشوزها وقد زال ذلك والاصل فيه قوله تعالى فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴿ قال ﴾ ولا نفقة للصغيرة التى لايجامع مثلها عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى لها النفقة لانها مال يجب بالعقد فالصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمهر وهذا لان الوجوب لحاجتها والصغيرة محتاجة الى ذلك كالكبيرة ألا ترى أن بسبب ملك اليمين تجب النفقة للصغير كما تجب للكبير فكذلك بسبب النكاح وحجتنا فى ذلك أنها غير مسلمة نفسها الى زوجها في منزله فلا تستوجب النفقة عليه كالناشزة وهذا لأن الصغيرة جداً لا تنتقل الى بيت الزوج بل تنقل اليه ولا تنقل اليه للقرار في بيته أيضاً فتكون كالمكرهة اذا حملت الى بيت الزوج ولان نفقتها عليه باعتبار تفريغها نفسها لمصالحه فاذا كانت لاتصلح لذلك لمعنى فيها كان ذلك بمنزلة منع جاء من قبلها فلا نفقة لها على الزوج بخلاف المملوكة فان نفقتها لاجل الملك فقط وذلك لايختلف بالصغر والكبر وان كانت قد بلغت مبلغا يجامع مثلها فلها النفقة على زوجها صغيراً كان زوجها أو كبيراً لانها مسلمة نفسها فى منزله مفرغة نفسها لحاجته وانما الزوج هو الممتنع من الاستيفاء لمعنى فيه فلا يسقط به حقها فى النفقة وان كان الزوج صغيراً لا مال له لم يؤخذ الاب بنفقة زوجته الا أن يكون ضمنها لأن استحقاق النفقة على الزوج كاستحقاق المهر فكما لايؤخذ أبوه بشئ من المهر اذا لم يضمن ذلك فكذلك لايؤخذ بالنفقة ﴿ قال ﴾ وكل امرأة قضى لها بالنفقة على زوجها وهو صغير أو كبير معسر لايقدر على شئ فانها تؤمر بأن تستدين ثم ترجع عليه ولايحبسه القاضى اذا علم بعجزه وعسرته لان الحبس انما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجرا له عن الظلم وقد ظهر هنا عذره لاظلمه فلا يحبسه ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة فاذا استدانت بأمر القاضى كان كاستدانتها بأمر الزوج فترجع عليه بذلك اذا أيسر وان كان القاضي لايعلم من الزوج عسره فسألت المرأة حبسه بالنفقة لم يحبسه القاضي في أول مرة لان الحبس عقوبة لا يستوجبها الا الظالم ولم يظهر حيفه وظلمه فى أول مرة فلا يحبسه ولكن يأمره بأن ينفق عليها ويخبره أنه يحبسه ان لم يفعل فان عادت اليه مرتين أو ثلاثا حبسه

لظهور ظلمه بالامتناع من ايفاء ما هو مستحق عليه فاذا علم أنه محتاج خلى سبيله لانه مستحق للنظرة الى ميسرة بالنص وليس بظالم فى الامتناع من الايفاء مع العجز ﴿قال﴾ وينبغى للقاضي اذا حبس الرجل شهرين أو ثلاثة فى نفقة أو دين أن يسأل عنه وفى بعض المواضع ذكر أربعة أشهر وفي رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى قدر ذلك بستة أشهر وذكر الطحاوى عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى ان أدنى المدة فيه شهر والحاصل أنه ليس فيه تقدير لازم لان الحبس للاضجار وذلك مما تختلف فيه أحوال الناس عادة فالرأى فيه الى القاضى حتى اذا وقع فى أكبر رأيه أنه يضجر بهذه المدة ويظهر مالاً ان كان له أن يسأل عن حاله بعد ذلك وذكر هشام فى نوادره عن محمد رحمه الله تعالى ان له أن يسأل عن حاله بعد ما حبسه ولم يعتبر فى ذلك مدة فاذا سأل عنه فاخبر أنه معسر خلى سبيله لان ما صار معلوما بخبر العدول فهو بمنزلة الثابت باقرار الخصم ولا يحول بين الطالب وبين ملازمته عندنا وكان اسماعيل بن حماد رحمه الله تعالى يقول ليس للطالب أن يلازمه وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى لانه منظر بانظار الله تعالى فهو بمنزلة من لو أجله الخصم أو أبرأه منه فكما لا يلازمه هناك فكذلك لا يلازمه هنا ولكنا نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من أعرابى بعيراً بثمن مؤجل فلما حل الاجل طالبه الاعرابي فقال ليس عندنا شئ فقال الاعرابي واغدراه فهم به الصحابة رضوان الله عليهم فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فان لصاحب الحق اليد واللسان والمراد باللسان التقاضى وباليد الملازمة ولان قضاء الدين مستحق على المديون من كسبه وماله فكما أنه اذا كان له مال كان للطالب ان يطالبه بقضاء الدين منه فكذلك اذا كان له كسب كان له ان يطالبه بقضاء الدين من كسبه وذلك انما يتحقق بالملازمة حتى اذا فضل من كسبه شئ عن نفقته أخذه بدينه ولسنا نعني بهذه الملازمة ان يقعده فى موضع فان ذلك حبس ولكن لا يمنعه من التصرف بل يدور معه حيثما دار وان كان غنيا لم يخرجه من السجن أبداً حتى يؤدى النفقة والدين لقوله صلى الله عليه وسلم لىّ الواجد يحل عرضه وعقوبته ولانه حال بين صاحب الحق وبين حقه مع قدرته على ايفائه فيجازى بمثله وذلك بالحيلولة بينه وبين نفسه وتصرفه حتى يوفي ما عليه وان كان له مال حاضر أخذ القاضى الدراهم والدنانير من ماله وأدى منها النفقة والدين لان صاحب الحق اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه فللقاضى ان يعينه على

ذلك أيضاً وكذلك اذا ظفر بطعامه في النفقة لانه عين ماعليه من الحق والمرأة تمكن من أخذه اذا قدرت عليه فيعينها القاضي على ذلك ولا يبيع القاضي عروضه في النفقة والدين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيع ذلك كله وهو بناء على مسئلة الحجر فان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القاضي لايحجر على المديون بسبب الدين وبيع المال عليه نوع حجر فلا يفعله القاضي وعندهما القاضي يحجر عليه بسبب الدين فيبيع عليه ماله واستدلا في ذلك بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ رضي الله عنه وباع عليه ماله وقسم ثمنه على غرمائه بالحصص وقال عمر رضي الله عنه في خطبته أيها الناس إياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب وان أسيفع جهينة قد رضي من دينه وامانته ان يقال له قد سبق الحاج فادان معرضاً أصبح وقد رين به الا اني بائع عليه ماله وقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص فمن كان له عليه دين فليغد والمعنى فيه أن قضاء الدين مستحق عليه بدليل أنه يحبس لاجله فاذا امتنع من ذلك وهو مما تجري النيابة فيه ناب القاضي منابه كالتفريق بين العنين وامرأته وبالاتفاق يبادل أحد النقدين بالآخر بهذا الطريق فكذلك يبيع العروض ولابي حنيفة ماروى أن رجلا من جهينة أعتق شقصا من عبد بينه وبين آخر فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له وأدى ضمان نصيب شريكه ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان علم بيساره حين ألزمه ضمان المعتق ثم اشتغل بحبسه ولم يبع عليه ماله فلو كان ذلك جائزاً لاشتغل به لان فيه نظرا من الجانبين والمعنى فيه أن المستحق عليه قضاء الدين ولقضاء الدين طرق سوى بيع المال فليس للقاضي عليه ولاية تعيين هذا الطريق لقضاء الدين ألا ترى أنه لا تزوج المديونة لتقضي الدين من صداقها ولا يؤاجر المديون ليقضي الدين من أجرته لانه تعين قضاء الدين عليه فكذلك لا يبيع ماله لانه تعين طريق قضاء الدين عليه ومبادلة أحد النقدين بالآخر لا يفعله في القياس أيضاً ولكن في الاستحسان الدراهم والدنانير جملا كجنس واحد فان المقصود منهما واحد فكان ذلك بمنزلة قضاء الدين من جنس الحق وذلك متعين عليه لصاحب الحق لان له أن يأخذ جنس حقه فكذلك للقاضي أن يعينه عليه وأما حديث معاذ رضي الله تعالى عنه فانما باع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله برضاه وسؤاله لانه لم يكن في ماله وفاء بديونه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباشر بيع ماله لينال بركة رسول الله

صلى الله عليه وسلم ماله فيصير فيه وفاء بدينه والمشهور من حديث عمر رضى الله تعالى عنه انى قاسم ماله بين غرمائه فانما يحمل ذلك على أن ماله كان من النقود والدليل عليه أن عندهما ليس للقاضى أن يبيع المال الا بطلب من الخصم ولم يكن منهم طلب فعرفنا أنه كان ذلك من جنس الحق أو كان فيه نوع مصلحة رآها لاسيفع جهينة (قال) واذا كان لرجل نسوة فرضت النفقة لهن عليه بحسب الكفاية على ماقلنا فان كانت احداهن كتابية أو أمة قد بوأها مولاها معه بيتا فرض عليه لكل واحدة منهن مايكفيها ولا تزاد الحرة المسلمة على الامة والذمية شيئا لان النفقة مشروعة للكفاية وهذا لايختلف باختلاف الدين ولا باختلاف الحال في الرق والحرية فان فرض ذلك وهو معسر وعلم القاضى ذلك منه أمرهن بالاستدانة عليه ففي هذا يعتدل النظر من الجانبين وان كان الزوج غائبا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا يأمرهن بالاستدانة عليه اذا كان يعلم النكاح بينه وبينهن وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفعل ذلك عند حضرته ثم رجع فقال لا يأمر بذلك وهو قولهما لان فيه قضاء على الغائب وليس له ذلك وان أمرهن بالاستدانة فلم يجدن ذلك لم يفرق بينه وبينهن ولم يجبره على طلاقهن عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يفرق بينه وبينهن اذا طلبن ذلك لقوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والمعروف فى الامساك أن يوفيها حقها من المهر والنفقة فاذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالاحسان وهو المعنى فى ذلك فان المستحق عليه أحد الشيئين فاذا تعذر احدهما تعين الآخر ألا ترى أنه اذا عجز عن الوصول اليها بسبب الجب والعنة فرق بينهما لفوات الامساك بالمعروف بل أولى لان حاجتها الى النفقة أظهر من حاجتها الى قضاء الشهوة ولكن لما تعين التفريق لايصالها الى حقها من جهة غيره فرق القاضي بينهما فكذلك هنا تعين التفريق لايصالها الى حقها من جهة غيره وبه فارق المهر والنفقة المجتمعة عليه فان التفريق ليس بطريق لايصالها الى ذلك الحق من جهة غيره فاما نفقة الوقت تصل اليها بعد التفريق من جهة زوج آخر وقاس بنفقة العبد والامة فانه يستحق عليه بسبب الملك فاذا تعذر عليه أجبره القاضى على ازالة الملك بالبيع فهنا كذلك واستدل بحديث عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كتبا الى أمراء الاجناد أن مروا من قبلكم ان تبعثوا بنفقة أهليكم أو بطلاقهن وقيل لسعيد بن المسيب رضى الله عنه أنفرق بين العاجز عن النفقة وبين امرأته فقال نعم فقيل له انه سنة فقال نعم والسنة

اذا أطلقت يفهم منها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحجتنا في ذلك قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الي ميسرة فهذا تنصيص على ان المعسر منظر ولو أجلته فى ذلك لم يكن لها ان تطالب بالفرقة فكذلك اذا استحق النظرة شرعا الا ان المستحق بالنص التأخير فلا يلحق به مايكون ابطالا لان ذلك فوق المنصوص وفي حق المملوك يكون ابطالا لانه لا يثبت للمملوك على مولاه دين فاما في حق الزوجية يكون تأخيرا لا ابطالا وبهذا يتبين أنه غير عاجز عن معروف يليق بحاله وهو الالتزام فى الذمة فان المعروف في النفقة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهو الالتزام فى الذمة مع أن التسريح طلاق وعند الشافعى المستحق هنا هو الفسخ بسبب العيب حتى اذا فرق بينهما لم يكن طلاقا وبه نجيب عن حديث عمر وعلي رضى الله عنهما مع أنهم ما كانوا عاجزين عن المهر والنفقة فان نفقة عيال من هو من الجند من مال بيت المال والامام هو الذي يوصل ذلك اليهم ولكنه خافا عليهن الفتنة لطول غيبة أزواجهن فأمراهم ان يبعثوا اليهن ماتطيب به قلوبهن والمعني فيه ان النفقة مال فالعجز عنه لا يكون موجبا للفرقة كالمهر والنفقات المجتمعة بل أولى لان ذلك دين مستقر ونفقة الوقت لم تستقر دينا بعد وهذا لان المقصود بالنكاح غير المال فكان المال زائدا والعجز عن التبع لا يكون سببا لرفع الاصل وكما ان بالفرقة لا تتوصل الى مهرها الذى على الزوج الاول وانما تتوصل الى مثله من جهة أخرى فكذلك النفقة وبه فارق الجب والعنة فان هناك تحقق فوات ماهو المقصود مع ان عندنا هناك لا ينفسخ العقد ولكن يفرق بينهما بطريق التسريح بالاحسان حتى يكون ذلك طلاقا لازالة ظلم التعليق عنها وهذا ليس فى معنى ذلك من وجوه احدها ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل ذلك المقصود بدون التفريق بينهما وهنا لم ينسد عليها وصول النفقة بدون التفريق بأن تستدين فتنفق والثانى ان هناك الزوج يمسكها من غير حاجة به اليها فيما هو المقصود فكان ظالما وهنا يمسكها مع حاجته اليها فيما هو المقصود فلا يكون ظالما ولان هناك في ترك التفريق ابطال حقها لان وظيفة الجماع لا تصير دينا على الزوج بمضي المدة ولو فرقنا كان فيه ابطال ملك الزوج فاستوى الجانبان فى ضرر الابطال وفى جانبها رجحان لصدق حاجتها وهنا فى ترك التفريق تأخير حقها لان النفقة تصير دينا على الزوج وفى التفريق ابطال الملك على الزوج وضرر التأخير دون ضرر الابطال وبه يفرق بينه وبين العبد فالضرر هناك ضرر الابطال لان النفقة هناك لا تصير دينا للمملوك على المالك ثم فيه

ابطال حقه بغير بدل وفي البيع ابطال ملك المولى ببدل فكان هـذا الضرر أهون حتى ان في الموضع الذى يكون ابطالا بغير بدل لا يفعل ذلك وهو أنه اذا عجز عن نفقة أم ولده لم يعتقها القاضى عليه ﴿قال﴾ والتبوئة فى الامة ان يخلى بين الامة وزوجها ولا يستخدمها لما بينا ان المعتبر في استحقاق النفقة تفريغها نفسها لقيام مصالح الزوج وانما يحصل ذلك بهذا النوع من التبوئة فان استخدمها بعد ذلك ولم يخل بينه وبينها فلا نفقة لها لانه ازال مابه كانت تجب نفقتها عليه فهى كالحرة الناشزة فان قيل المولى انما ازال ذلك بحق له فلما ذا لا يجعل هذا كالحرة اذا أحتبست نفسها لصداقها قلنا كما فى الابتداء فان الحرة اذا احتبست نفسها بالصداق كان لها ان تطالب النفقة والمولى اذا لم يبوئها بيتا فى الابتداء لم يكن لها النفقة والمعني فيه ان الحرة اذا احتبست نفسها بصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه لتنتقل الى بيته فأما هذا التفويت ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى لشغله اياها بخدمة نفسه فلهذا لم يكن لها نفقة عليه فان كانت هى تجيء فتخدمه من غير أن يستخدمها فلها النفقة لان الحق للمولى ولم يوجد من جهته تفويت بل الموجود من جهته التسليم فان جاءت فى وقت والزوج ليس في البيت فاستخدموها ومنعوها من الرجوع الى بيتها فلا نفقة لها لان استخدام أهل المولى اياها كاستخدام المولى وقد بينا لأن فيه تفويت التبوئة والتبوئة شرط لاستحقاق النفقة وبعد التفويت ممن له الحق لا يكون لها نفقة ﴿قال﴾ ونفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت من قبل أنها مسلمة نفسها الى الزوج في بيته ولا فعل منها في المرض لتصير به مفوتة مع أنه لا يفوت ما هو المقصود من الاستئناس وغيره ولا معتبر بمقصود الجماع فى حق النفقة فان الرتقاء تستحق النفقة على زوجها مع فوات مقصود الجماع وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الرتقاء لا تستوجب النفقة على الزوج اذا لم يرض الزوج بها ويكون له أن يردها الى أهلها ولا ينفق عليها وفي المريضة ان تحولت الى بيته وهي مريضة فله أن يردها الى ان تبرأ وان مرضت في بيته بعد ما تحولت اليه فليس له أن يردها بل ينفق عليها الا أن يتطاول مرضها ﴿قال﴾ وهذا استحسان لان النكاح يعقد للصحبة والالفة وليس من الالفة أن يمتنع عن الانفاق أو يردها لقليل مرض فاذا تطاول ذلك فهو بمنزلة الرتق الذي لا يزول عادة وانما يلزمه نفقتها لقيامه عليها وقد فات ذلك بمعني من جهتها فتسقط نفقتها كما اذا كانت صغيرة لا يجامع مثلها ولكن قد بينا الفرق

بينهما من حيث أن الصغر يزول فلا ينعدم به استحقاق الجماع بسبب العقد بخلاف الرتق والقرن وكذلك لو جنت أو أصابها بلاء يمنعه من الجماع أو هرمت حتى لا يستطيع جماعها وذكر في الكتاب انه لو أصابتها هذه العوارض من بعد ما دخل بها وليس مراده حقيقة الوطء بل المراد انتقالها الى منزله وسواء انتقلت أو لم تنتقل اذا لم تكن مانعة نفسها ظالمة فهي مستوجبة للنفقة على ماقلنا ﴿قال﴾ ولا نفقة في النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ولا في العدة منه لان ما به تستوجب النفقة معدوم هنا وهو تسليمها نفسها الى الزوج للقيام بمصالحه فان فساد النكاح يمنعها من ذلك شرعا ولهذا لم تجعل الخلوة في النكاح الفاسد تسليما في حق وجوب المهر فكذا لا تستوجب النفقة في التسليم بالنكاح الفاسد ﴿قال﴾ واذا اختلف الزوج والمرأة فقال الزوج أنا فقير وقالت المرأة هو غني فالقول قول الزوج مع يمينه وعلى المرأة البينة لان الفقر في الناس أصل واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله يولد كل مولود أحمر ليس عليه غبرة أي سترة ثم يرزقه الله تعالى من فضله فالزوج يتمسك بما هو الاصل والمرأة تدعي غنى عارضاً فعليها البينة وعليه اليمين لانكاره وبه أجاب في كتاب العتاق اذا ادعى المعتق أنه معسر فالقول قوله فأما ما أشار في سائر الديون ان كان وجوب الدين عليه ببيع أو قرض لم يقبل قوله انه معسر لانه صار غنيا بما دخل في ملكه من المال فلا قول له في دعوى الفقر بعد تيقننا بزوال ذلك الأصل وكذلك قالوا في كل دين التزمه بالعقد اختياراً كالمهر ودين الكفالة فاقدامه على الالتزام بمنزلة اقرار منه انه قادر على الاداء فان العاقل لا يلتزم مالا يقدر على أدائه اختياراً فاما فيما سوى ذلك فالقول قوله في دعوى العسرة وبعض المتأخرين من مشايخنا يقولون يحكم في ذلك زيه فان كان عليه زي الاغنياء لم يقبل قوله انه معسر لان الزي دليل على غناه قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لاعدوا له عدة وقال جل وعلا وان كان قميصه قد من قبل ففي هذا دليل على ان الظاهر من العلامة يجعل حكما الا في الفقهاء والعلوية فانهم يتكلفون الزي مع العسرة ليعظمهم الناس فلا يجعل الزى حكما في حقهم لظهور العادة بخلافه ﴿قال﴾ فان لم يكن لها بينة على يساره وسألت القاضي ان يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي لانه وجد دليلا يعتمده لفصل الحكم وهو التمسك بالاصل فليس عليه ان يطلب دليلا آخر وان فعله فأتاه من أخبر عنه انه موسر لا يعتمد ذلك أيضا الا ان يخبره بذلك رجلان عدلان

ويكونا بمنزلة الشاهدين يخبران انهما قد علما ذلك فحينئذ لو شهدا عنده فى مجلس الحكم يثبت يساره بشهادتهما وكذلك ان أخبراه بذلك لان المعتبر علم القاضى ويحصل له علم بخبرهما كما يحصل بشهادتهما وان أخبرا انهما علما ذلك من رواية راو لم يؤخذ بقولهما لانهما ما أخبراه عن علم وانما أخبراه عن ظن أو عن خبر من لا يعتمد خبره والخبر اذا تداولته الالسنة تمكن فيه الزيادة والنقصان عادة فلهذا لا يعتمد مثل هذا الخبر ﴿قال﴾ وان أقامت المرأة البينة انه موسر وأقام الزوج البينة أنه محتاج أخذ ببينة المرأة لانها قامت على الاثبات ولان شهود الزوج اعتمدوا في شهادتهم ماهو الأصل وشهود المرأة عرفوا النفى العارض فلهذا يفرض لها عليه نفقة الموسرين ﴿قال﴾ واذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها نفقتها منه كان له ذلك لان أكثر مافى الباب ان تكون النفقة لها ديناً عليه فاذا التقى الدينان تساويا قصاصا الا ترى ان له ان يقاص بمهرها فالنفقة أولي ﴿قال﴾ واذا فرضت النفقة لها على زوجها ولها عليه شئ من مهرها فاعطاها شيئا من ذلك فقال الزوج هو من المهر وقالت المرأة بل هو من النفقة فالقول قول الزوج أنه من المهر وكذلك هذا فى جميع قضاء الديون اذا كان من وجوه مختلفة لانه هو المملك فالقول قوله فى بيان جهة التمليك وهو المحتاج الى تفريغ ذمته فالقول قوله في انه تفرغ ذمته بهذا الاداء من كذا دون كذا ﴿قال﴾ واذا اختلفا فيما وقع الصلح عليه أو الحكم به من النفقة في الجنس أو القدر فالقول قول الزوج والبينة بينة المرأة لانها مدعية الزيادة فتحتاج الى الاثبات بالبينة والزوج منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه فان كان الذى أقر به الزوج وحلف عليه لا يكفيها بلغ بها الكفاية فى المؤتنف لأن النفقة للكفاية وقد بينا أن ماقضى به القاضى أووقع الصلح عليه ان كان لا يكفيها فلها أن تطالب بما يكفيها فى المستقبل فكذلك ما أقر به الزوج ﴿قال﴾ ولو أخذت المرأة من زوجها كفيلا بالنفقة كل شهر لم يكن على الكفيل الا شهر واحد لانه أضاف كلمة كل الا مالا يعرف منتهاه فيتناول الادنى كمن يقول لفلان على كل درهم وأصله فى الاجارة اذا استأجر داراً لكل شهر كان لزوم العقد في شهر واحد وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه كفيل بنفقتها ماعاشت وبقى النكاح بينهما استحسانا لما فيه من العرف الظاهر ولأن قصد المرأة التوثق بهذا الجنس من حقها فكان الكفيل صرح لها بما هو مقصودها فقال فى كفالته أبداً أو ماعاشت وهناك يثبت حكم الكفالة بهذا الجنس من حقها عليه

عاما فكذا هنا ولو ضمن لها نفقة سنة كان جائزاً وان لم يكن واجبا ولكن اضافة الكفالة الى سبب الوجوب صحيح وقد حصل ذلك بتسمية المدة ولم يبين أن الزوج هل يجبر على اعطاء الكفيل بالنفقة أم لا فظاهر المذهب أنه لايجبر على ذلك كما لايجبر على اعطاء الكفيل بدين آخر وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال اذا قالت المرأة إنه يريد أن يغيب ولا يترك لي نفقة أمره القاضي أن يعجل لها نفقة شهر أو يعطيها كفيلا بنفقة شهر استحساناً لانها طلبت من القاضي أن ينظر لها فيجيبها على ذلك لان الحال حال النظر ﴿قال﴾ واذا فرض القاضي لها على الزوج نفقة معلومة كل شهر فمضت أشهر لم يعطها حتى مات أو ماتت لم يؤخذ بشيء منها لان النفقة تستحق استحقاق الصلات لااستحقاق المعاوضات على ماقررناه والصلات لاتتم الا بالقبض وتسقط بالموت قبل القبض وشبهه فى الكتاب بمن وجبت عليه الجزية اذا مات لم تستوف من تركته لهذا ولان السبب قيام الزوج عليها وتفريغها نفسها لمصالحه وقد زال ذلك قبل الاستيفاء فيسقط حقها كما اذا زال العيب قبل رد المشتري لم يكن له أن يرد بعد ذلك ﴿قال﴾ ولو كانت المرأة استعجلت النفقة لمدة ثم ماتت قبل مضى تلك المدة لم يكن للزوج أن يسترد من تركتها شيئاً من ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا أنها صلة وحق الاسترداد فى الصلات ينقطع بالموت كالرجوع فى الهبة وعند محمد رحمه الله تعالى يترك من ذلك حصة المدة الماضية قبل موتها ويسترد ما وراء ذلك لانها أخذت ذلك من ماله لمقصود لم يحصل ذلك المقصود له فكان له أن يستردمنها كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فماتت قبل أن يتزوجها وروي ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالي قال ان كان الباقي من المدة شهراً أو دونه لم يرجع بشيء فى تركتها وان كان فوق ذلك ترك لها مقدار نفقة شهر استحساناً ويسترد من تركتها مازاد علي ذلك لانه انما يعطيها النفقة شهراً فشهراً عادة ففي مقدار نفقة شهر هى مستوفية حقها وفيما زاد على ذلك مستعجلة ﴿قال﴾ ولو كانا حيين فاختلفا فيما مضي من المدة من وقت قضاء القاضي فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وانكاره سبق التاريخ فى القضاء والبينة بينة المرأة لاثباتها ذلك ﴿قال﴾ واذا بعث اليها بثوب فقال هو هدية وقال الزوج هو من الكسوة فالقول قول الزوج مع يمينه لانه هو المملك للثوب منها فالقول قوله في بيان جهته الا أن تقيم المرأة البينة أنه بعث به هدية وان أقاما البينة فالبينة بينة الزوج لانه يثبت ببينته فراغ ذمته عن

حقها من الكسوة أو المهر وكذلك ان أقام كل واحد منهما البينة على اقرار الآخر بما ادعاه لان الزوج هو المدعى للقضاء فيما عليه من الحق فمعنى الاثبات فى بينته أظهر وكذلك ان بعث بدراهم فقال هى نفقة وقالت المرأة هى هدية فالقول قوله لما بينا ﴿قال﴾ واذا أعطاها كسوة فعجلت تمزيقها أو هلكت منها لم يكن عليه أن يكسوها حتى يأتى الوقت لما بينا أن أحوال الناس تختلف فى صيانة الثياب وتمزيقها فيتعذر تعليق الحكم بحقيقة تجدد الحاجة فيقام الوقت مقامه تيسيراً فما لم يأت الوقت لاتجدد الحاجة فلا يتجدد سبب الوجوب لها فلم يكن لها أن تطالبه بشئ ﴿ قال ﴾ وكذلك ان صانتها ولبست غيرها فاذا جاء الوقت المعلوم لها ان تطالب بالكسوة والقاضى فى الابتداء يوقت من المدة ماتمزق فيه الثوب باللبس المعتاد فما لم يتبين خطأه فى ذلك التوقيت يجب بناء الحكم عليه ولا ينظر الى تعجيلها التمزيق ولا الى صيانتها فوق المعتاد ﴿قال﴾ وكذلك ان أخذت نفقة شهر فلم تنفق حتى جاء الشهر الثانى وهى معها فلها أن تطالبه بنفقة الشهر الثانى بخلاف نفقة ذى الرحم المحرم فان هناك المعتبر تحقق الحاجة ألا ترى أنه لو كان له مال لم يستوجب النفقة على غيره والحاجة مرتفعة ببقاء المأخوذ معه بخلاف نفقة الزوجة ﴿قال﴾ واذا فرض القاضى لها النفقة على زوجها فأنفقت من مالها ولم تأخذ منه شيئاً فلها أن تأخذه بما مضى من ذلك لان نفقة الزوجة تصير ديناً بقضاء القاضي أو الصلح عن التراضي وقد بيناه ﴿ قال ﴾ وان كان هذا فى ذى الرحم المحرم فأنفق على نفسه من مال آخر بعد فرض القاضى لم يكن له أن يرجع على الذى فرض له عليه بشئ لما مضى لما بينا أن المعتبر هنا حقيقة الحاجة وقد انعدم ذلك بمضي ذلك الوقت فلا تصير النفقة دينا وأورد فى باب الزكاة من الجامع ان نفقة ذى الرحم المحرم تصير دينا بقضاء القاضى وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فوضع المسئلة هناك فيما اذا استدان المنفق عليه وانفق من ذلك فتكون الحاجة قائمة لقيام الدين عليه وهنا وضع المسئلة فيما اذا أنفق من مال له أو من صدقة تصدق بها عليه والحاجة لاتبقى بعد مضى المدة وقد قررنا هذا فيما أمليناه من شرح الجامع ﴿ قال ﴾ وان كان الرجل غائبا وله مال حاضر فطلبت المرأة النفقة فان كان القاضى يعلم بالنكاح بينهما فرض لها النفقة فى ذلك المال لعلمه بوجود السبب الموجب له الا ترى ان من أقر بدين ثم غاب قضى القاضى عليه بذلك لعلمه به فكذلك النفقة ولكن يشترط ان ينظر للغائب وذلك في ان يحلفها انه لم يعطها

النفقة لجواز ان يكون أعطاها النفقة قبل أن يغيب وهي تلبس على القاضي لتأخذ ثانيا واذا حلفت فاعطاها النفقة أخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة انه قد كان أوفى نفقتها وهذا لان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه ﴿قال﴾ واذا حضر الزوج وأثبت بالبينة انه كان قد أوفاها أو أرسل اليها بشئ في حال غيبته أمرها برد ما أخذت لانه ظهر عند القاضي انها أخذت بغير حق وللزوج الخيار ان شاء أخذها بذلك وان شاء أخذ الكفيل وان لم يكن النكاح بينهما معلوما للقاضي فأرادت اقامة البينة على الزوجية لم يقبل القاضي ذلك منها عندنا لما فيه من القضاء على الغائب بالبينة وعن زفر رحمه الله تعالى انه يسمع منها البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج وان لم يكن للزوج مال يأمرها بالاستدانة فان حضر الزوج وأقر بالنكاح أمره بقضاء الدين وان أنكر ذلك كلفها اعادة البينة فان لم تعد أمرها برد ما أخذت ولم يقض لها بشئ مما استدانت على الزوج لان في قبول البينة بهذه الصفة نظراً لها ولا ضرر فيه على الغائب فيجيبها القاضي الى ذلك ولكنا نقول فيه قضاء على الغائب لان دفع ماله اليها لتنفق على نفسها لا يكون الا بعد القضاء عليه بالزوجية ﴿قال﴾ وان أحضرت غريماً للزوج أو مودعا في يده مال للزوج وهو مقر بالمال والزوجية أمره القاضي بأداء نفقتها من ذلك بخلاف دين آخر على الغائب فان صاحب الدين اذا أحضر غريماً أو مودعا للغائب لم يأمره بقضاء دينه منه وان كان مقراً بالمال وبدينه لان القاضي انما يأمر في حق الغائب بما يكون نظراً له وحفظاً لملكه عليه وفي الانفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه عليه وليس في قضاء الدين من ماله حفظ ملكه عليه بل فيه قضاء عليه بقول الغير فلهذا المعنى تقع الفرقة بينهما ﴿قال﴾ وان جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما أو كون المال في يده لم تقبل بينتها على شئ من ذلك أما على الدين والوديعة فلانها تثبت الملك للغائب حتى اذا ثبت ملكه ترتب عليه حقها فيه وهي ليست بخصم في اثبات الملك للزوج في أمواله وأما اذا جحدا الزوجية فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعى حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد انسان انه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع وقال لا تقبل بينتها على ذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لانها تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليس بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه بالبينة والاشتغال من القاضي بالنظر يكون بعد العلم

بالزوجية فاذا لم يكن ذلك معلوما له لا يشتغل بسماع البينة من غير خصم وان لم يكن له مال حاضر لم يفرض لها النفقة بطريق الاستدانة عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى لان فى هذا قضاء على الغائب وقد بيناه وان كان له مال حاضر فحضور ماله بمنزلة حضوره استحسانا ﴿قال﴾ ولا يبيع العروض في نفقتها أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر لان الزوج لو كان حاضراً لم يبع القاضي عروضه فى ذلك فاذا كان غائبا أولى وأما على قولهما انما يبيع على الحاضر عروضه بعد ما يحجر عليه وليس له ولاية الحجر والزام القضاء على الغائب ﴿قال﴾ وينفق عليها من غلة الدار والعبد لان ذلك من جنس حقها ويعطيها الكسوة من الثياب ان كانت له والنفقة من طعامه ان كان له لانه من جنس حقها ولها أن تأخذ من غير قضاء كما قال صلى الله عليه وسلم لهند خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فلأن يقضى لها القاضي بذلك كان أولى ويأخذ منها كفيلا بجميع ذلك نظراً منه للغائب فاذا رجع الزوج وأقام البينة على وصول النفقة اليها لهذا الوقت فالكفيل ضامن لما أخذت لانه التزم بالكفالة وان لم يكن له بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شئ على الكفيل وان نكلت عن اليمين ونكل الكفيل لزمها وللزوج الخيار بين أن يأخذها بذلك أو يأخذ الكفيل لانه كفيل بما لزمها رده من النفقة وقد ثبت ذلك بنكولها ولهذا لزم كفيلها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة العبد

﴿قال﴾ رضي الله عنه واذا كان للعبد أو المدبر أو المكاتب امرأة حرة أو أمة قد بوئت معه بيتاً فانه يفرض عليه نفقتها بقدر ما يكفيها لان سبب وجوب النفقة الزوجية وهى تحقق فى حق المملوك كما تحقق فى حق الحر وهو تسليمها الى الزوج فى منزله والحكم ينبنى على السبب الا ترى ان المهر بالنكاح يجب على العبد كما يجب على الحر ثم مايجب على العبد من الديون اذا ظهر فى حق المولى تعلق بمالية رقبته حتى يباع فيه الا ان يقضيه المولي ودين النفقة ظهر في حق المولى لان سببه وهو النكاح كان برضاه فاذا اجتمع عليه من النفقة مايعجز عن أدائه يباع فيه ثم اذا اجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع فيه أيضا وليس فى شئ من ديون العبد مايباع فيه مرة بعد مرة الا النفقة لان النفقة تجدد

وجوبها بمضي الزمان وذلك في حكم دين حادث واما المدبر لايمكن بيعه في النفقة ولكن يؤمر فيه بالسعاية وكذلك المكاتب لايمكن بيعه مع قيام عقد الكتابة وانما يقضي بالنفقة في كسبه كما يقضى بسائر ديونه فى كسبه فان كان للعبد أو المدبر ولد من امرأته لم يكن عليها نفقة الولد لانها ان كانت أمة فالولد ملك لمولاها ونفقة المملوك على المالك دون الاب وان كانت حرة فولدها يكون حراً ولا تجب نفقة الحر على المملوك بحال لان كسب العبد والمدبر لمولاه ونفقة الولد الحر ليست على المولى وكذلك لا يكون فى كسبهما وكذلك المكاتب لايجب في كسبه نفقة ولد حر ولا نفقة ولد هو مملوك للغير وان كانت امرأته مكاتبة معه لمولى واحد كتابتهما كتابة واحدة فنفقة الولد على الام دون الاب لان الولد تابع للام فى كتابتها الا ترى ان كسب الولد يكون لها ولو جنى عليه كان ارش الجناية لها وان مات الولد وترك مالا فذلك كله لها فكذلك نفقة الولد تكون عليها وهذا بخلاف ما اذا وطئ المكاتب أمته فولدت فان نفقة ذلك الولد على المكاتب لانه داخل فى كتابته حتى كان كسبه له وارش الجناية عليه له أيضاً ليس للأم من ذلك شئ لانها أمة ولو كان للأم فالام أمة له أيضاً فلهذا كانت نفقته عليه ولانه جزء منه فاذا تبعه فى العقد كانت نفقته نفقته بمنزلة نفقة نفسه ﴿قال﴾ ولو تزوج العبد أو المدبر أو المكاتب بغير اذن المولى فلا نفقة عليهم ولا مهر لان وجوب النفقة والمهر يكون بعد صحة العقد ونكاحهم بغير اذن المولى غير صحيح وان عتق واحد منهم جاز نكاحه حين يعتق لسقوط حق المولى ويجب عليه المهر والنفقة في المستقبل والمستسعي في بعض القيمة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب ﴿قال﴾ وان كانت المدبرة أو الامة أو أم الولد تحت حر أو عبد فلا نفقة عليهما ما لم يبوئها معه بيتا لانعدام التسليم قبل التبوئة ويستوى ان كان دخل بها أو لم يدخل بها لان بالدخول انما يوجد تسليم المعقود عليه ولا معتبر به في النفقة فان تسليم المعقود عليه مقرر للبدل والنفقة ليست ببدل ألا ترى أن الرتقاء تستحق النفقة وقد انعدم منها تسليم المعقود عليه فعرفنا أن المعتبر في النفقة تفريغها نفسها لحق الزوج وذلك يكون بالتبوئة فان بوأها معه بيتا فعليه النفقة وان انتزعها منه واحتاج الى خدمتها فلا نفقة على الزوج ما دامت عند مولاها وان اعادها اليه وبوأها معه بيتا فعليه النفقة كالحرة اذا هربت من زوجها ثم عادت الى بيته توضيحه أن الامة محبوسة عند مولاها لحق المولى في خدمتها فكانت كالمحبوسة فى الدين ولا نفقة للمحبوسة بالدين اذا

كان الزوج ممنوعا منها فاذا قضت الدين وعادت الى بيت الزوج كان لهـا النفقة وان كان لهـا منه ولد فلا نفقة عليـه للولد لان ولد الامة مملوك لمولاها فنفقته تـكون على مالـكه وان كانت المرأة مكاتبة وقد بوأها معه بيتا أو لم يبوئها منه فهو سواء ولها النفقة ولان المكاتبة في يد نفسها كالحرة وليس لمولاها أن يستخدمها فكانت هي كالحرة فى استحقاق النفقة على الزوج اذا لم تحبس نفسها عنه ظالمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة أهل الذمة

﴿قال﴾ رضى الله عنه ويفرض علي الذمى نفقة امرأته بالمعروف كما يفرض على المسلم لانها كـفاية مشروعة للحاجـة وسببها وهو الزوجيـة يتحقق فيما بين أهـل الذمة كما يتحقق فيما بين المسلمين فان كانت ذات رحم محرم منه وذلك في دينهم نـكاح فطلبت نفقتها منه من قبل النـكاح فرض لهـا من ذلك عليه كما يفرض فى النكاح الصحيح في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لمـا بينا من أصله أن لهذه الانـكحة فيما بينهم حكم الصحة وان رفع أحدهما الامر الى القاضى لا يفرق القاضى بينهما فيقضى لها بالنفقة وعندهما ليس لهذه الانـكحة فيما بينهم حكم الصحة و برفع أحدهما الامر القاضى يفرق القاضي بينهما فلا يقضي لها بالنفقة ولا خلاف فى النـكاح بغـير شهود ان القاضى يقضى لها بالنفقة لان النـكاح بغـير شـهود صحيح فيما بينهم فان الاشهاد من حق الشرع وهم لا يخاطبون بذلك الا ترى انهـم يقرون عليه بعـد الاسلام ﴿قال﴾ واذا أسلم الذمى وامرأته من غير أهل الـكتاب فأبت الاسلام وفرق بينهما فلا نفقة لها فى العدة لان الفرقة جاءت من قبلها بسبب هي عاصـية فى ذلك وهو إباء الاسلام بعد ما عرض عليها ولهذا لا مهر لها اذا كان قبل الدخول فليس لها نفقة العدة وان كان بعد الدخول أيضاً الا ان فى المهر اذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول سقط المهر عنه سواء كان بحق أو بغير حق لان سقوط المهر بتفويتها المعقود عليه على الزوج وذلك موجود في الحالين فاما سقـوط النفقة باعتبار حبسها نفسها فيكون بمنزلة النفقة حال قيام النـكاح وهناك ان حبست نفسها ظلما كالناشزة لم يكن لها النفـقة وان حبست نفسها بحق لم تسقط نفقتها كما لو حبست نفسها لاستيفاء صداقها فـكذلك فى نفقة العدة ان كانت الفرقة من جهتها بسبب هي عاصية فى ذلك فليس لها نفقة العدة وان لم تـكن عاصية فى ذلك فلها نفقة العدة ﴿قال﴾ وان كانت

المرأة هي التي أسلمت فأبى الزوج ان يسلم ففرق بينهما كان عليه النفقة والسكنى مادامت فى العدة لان الفرقة جاءت بسبب من جهة الزوج وهو اباؤه عن الاسلام وذلك منه تفويت الامساك بالمعروف فتعين التسريح بالاحسان والاحسان فى التسريح ان يوفيها مهرها ونفقة عدتها ﴿قال﴾ واذا خرج أحد الحربيين مسلما ثم خرج الآخر بعده فلا نفقة عليه لها قال لان العصمة انقطعت فيما بينهما بخروج أولهما ومعنى هذا ان وجوب نفقة العدة باعتبار ملك اليد الثابت للزوج عليها في حالة العدة ولهذا لا تجب النفقة فى العدة من نكاح فاسد أو وطئ بشبهة ولا في عدة أم الولد من المولى وتباين الدارين كما يقطع عصمة النكاح يقطع ملك اليد الثابت بالنكاح ثم ان كان الزوج هو الخارج فلا عدة عليها لانها حربية وان كانت المرأة هي التي خرجت فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما عليها العدة لحق الشرع لا لحق الزوج فلا تكون نفقة العدة عليه والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب النفقة فى الطلاق والفرقة والزوجية﴾

﴿قال﴾ ولكل مطلقة بثلاث أو واحدة السكنى والنفقة مادامت في العدة أما المطلقة الرجعية فلانها فى بيته منكوحة له كما كانت من قبل وانما أشرف النكاح على الزوال عند انقضاء العدة وذلك غير مسقط للنفقة كما لو آلى منها أو علق طلاقها بمضي شهر فاما المبتوتة فلها النفقة والسكنى مادامت في العدة عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها السكنى ولا نفقة لها الا ان تكون حاملا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا نفقة للمبتوتة في العدة واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضى الله تعالى عنها قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكني الا أن فى صحة هذا الحديث كلاما فانه روى أن زوج فاطمة اسامة بن زيد رضى الله تعالى عنه كان اذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شئ فى يده وعن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت تلك المرأة فتنت العالم أى بروايتها هذا الحديث وقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكني مادامت في العدة وتأويله ان ثبت من وجهين (أحدهما) أن زوجها كان غائبا فانه خرج الى اليمن ووكل أخاه بأن ينفق

عليها خبز الشمير فأبت هي ذلك ولم يكن الزوج حاضراً ليقضى عليه بشئ آخر (والثاني) أنها كانت بذيئة اللسان على ماروى أنها كانت تؤذي أحماء زوجها حتى أخرجوها فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تعتد في بيت ابن أم مكتوم رضي الله تعالى عنه فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكني ثم لا خلاف في استحقاقها السكنى فانه منصوص عليه بقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية وقال تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم فعلماؤنا قالوا النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالى مستحق لها بالنكاح وهذه المدة حق من حقوق النكاح فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكني فكذلك النفقة وباستحقاق السكني يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها مادامت في المدة وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك اليد ألا ترى أن نفقة رقيق المكاتب عليه في كسبه لماله فيه من ملك اليد ولا يدخل عليه نفقة المرهون فانه لايكون على المرتهن مع ملك اليد له لان ملك اليد للمرتهن في المالية دون العين فان يده يد الاستيفاء وذلك في المالية دون العين فأما اذا كانت حاملا فلها النفقة بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومن أصل الشافعي رحمه الله تعالى أن تعليق الحكم بالشرط كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط يدل على نفيه عند عدم الشرط وعندنا تعليق الحكم بالشرط لايدل على عدم الحكم عند عدم الشرط لان مفهوم النص ليس بحجة ولانه يجوز أن يكون الحكم ثابتاً قبل وجود الشرط بعلة أخرى ألا ترى أن من قال لعبده أنت حر اذا جاء رأس الشهر ثم قال أنت حر غدا يبقى ذلك التعليق صحيحاً حتى لو أزاله من ملكه اليوم فعضي الغد ثم اشتراه ثم جاء رأس الشهر يعتق ولو بقي في ملكه حتى الغد يعتق أيضاً كيف وقد قال أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقراءته لابد أن تكون مسموعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذلك دليل على أن النفقة مستحقة لها بسبب المدة وان قوله وان كن أولات حمل لازالة إشكال كان عسى ان يقع فان مدة الحمل تطول عادة فكان يشكل أنها هل تستوجب النفقة بسبب العدة في مدة الحمل وان طالت فأزال الله تعالى هذا الاشكال بقوله حتى يضعن حملهن ثم النفقة اذا كانت حاملا تجب لها لا للولد بدليل أنه لا تجب في مال الولد وان كان له مال أوصى له به وانها لا تتعدد بتعدد الولد وأنها اذا كانت أمة

فنفقتها على زوجها ونفقة الولد تكون على مولاه كما بعد الانفصال وأن المنكوحة اذا حبلت لا تتضاعف نفقتها ولو كان الحمل يستحق النفقة لتضاعف نفقة المنكوحة اذا حبلت فاذا ثبت ان النفقة لها فقلنا لا بد من سبب لاستحقاق النفقة بينهما وبين الزوج ولا سبب لذلك سوى العدة والحامل والحائل في هذا السبب سواء ولا تخرج من بيتها ليلا ولا نهاراً لقوله تعالى ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة قال ابراهيم رضي الله عنه خروجها من بيتها فاحشة ولانها مكفية المؤنة لا حاجة لها الى الخروج ليلا ولا نهاراً بخلاف المتوفى عنها زوجها فانه لا نفقة لها في تركة الزوج فهي تحتاج الى ان تخرج بالنهار في حوائجها والبائنة بالخلع والايلاء واللعان وردة الزوج ومجامعة أمها سواء في ذلك لان هذه الفرقة كلها بسبب من جهة الزوج بعد ان كانت مستحقة للنفقة في أصل النكاح فيبقى ذلك الحق ببقاء العدة فان اشترط الزوج في الخلع أن لا سكنى في العدة ولا نفقة فعليه السكنى ولا نفقة عليه لأن خروجها من بيتها معصية واشتراط المعصية في الخلع باطل ولان النفقة حقها واسقاطها حق نفسها صحيح فأما السكنى من حق الشرع واسقاط ما هو حق الشرع باطل ألا ترى أن اسقاطها لما زاد علي العشرة من المهر عند العقد صحيح بخلاف العشرة حتى لو أبرأت زوجها من مؤنة السكني ورضيت أن تكون في بيت نفسها أو تلتزم مؤنة السكني من مالها كان صحيحاً لان ذلك حقها ﴿قال﴾ واذا طلق امرأته طلاقا بائناً وهى أمة وقد بوأها معه بيتا فعلى الزوج النفقة لانها كانت مستحقة للنفقة حال قيام النكاح فيبقى ذلك ببقاء العدة فان أخرجها المولى اليه لخدمته بطلت النفقة عن الزوج كما في حال قيام النكاح اذا شغلها بخدمته فان أعادها الى بيت الزوج وترك استخدامها فلها النفقة كما في حال قيام النكاح فاما اذا كانت عند الطلاق في بيت المولى يستخدمها ثم عادت الى بيت الزوج بعد الطلاق فلا نفقة لها عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لها النفقة كما لو كان استخدامه اياها بعد الطلاق وهذا لان سقوط النفقة بعارض فاذا زال ذلك العارض صار كان لم يكن الا ترى ان الحرة اذا كانت ناشزة هاربة من الزوج حين طلقها ثم عادت الى بيته كان لها نفقة العدة لهذا المعنى وحجتنا في ذلك ان باعتبار العدة يبقى ما كان ثابتاً ولا يثبت مالم يكن ثابتاً لان الثبوت ابتداء يستدعى قيام الملك مطلقا فاما ثبوت نفقة العدة عند الفرقة فان كانت في بيت الزوج عند ذلك كانت مستحقة للنفقة فيبقى ذلك ببقاء العدة فان اعترض بعد ذلك

مسقط ثم زال صار كان لم يكن واذا لم تكن مستحقة للنفقة عند الفرقة فلو جعلنا لها النفقة
فى العدة كان هذا إثبات النفقة لها ابتداء فى العدة وذلك لا يكون وهذا المعنى وهو ان
المقصود من التبوئة ان تتفرغ للقيام بمصالح الزوج وذلك فى حال قيام النكاح فاذا بوأها
بيتا فى حال قيام النكاح استحقت النفقة فيبقى ذلك ببقاء العدة فاما اذا كان ابتداء التبوئة
فى العدة لا يحصل به هذا المقصود لانها لا تقوم بمصالح الزوج والقياس فى الناشزة هكذا
ولكنا استحسنا فيها لان الحرة مستحقة فى أصل النكاح والعارض المسقط عند الفرقة
وبعدها فى حقها سواء اذا زال صار كان لم يكن بخلاف الأمة وان جاءت الفرقة من قبل
المرأة بالمعصية كالردة ومطاوعة ابن الزوج على الجماع وما أشبه ذلك فلا نفقة لها ان أصرت
على ذلك أو رجعت وتابت من لردة اما السكنى فواجبة لها لان القرار فى البيت مستحق
عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها اما النفقة فواجبة لها فتسقط بمجيء الفرقة من قبلها بالمعصية
﴿قال﴾ وان كانت أمة قد بوأها المولى بيتا فعتقت واختارت نفسها فلها النفقة فى العدة لان
اختيارها كان بسبب حق مستحق لها وقد بينا ان النفقة لا تسقط في حال قيام النكاح اذا
حبست نفسها بحق فكذلك اذا وقعت الفرقة بسبب حق مستحق لها ﴿قال﴾ واذا لم تخاصم
المعتقة فى نفقتها حتي انقضت عدتها فلا نفقة لها وكذلك التى طلقها زوجها لان نفقة العدة
لا تكون أوجب من نفقة النكاح وقد بينا ان نفقة النكاح لا تصير دينا بمضى المدة قبل
الفرض ولا يكون لها ان تطالب بها بعد زوال النكاح فنفقة العدة أولى وهذا لان السبب ملك
اليد والمستحق بهذا السبب فى حكم الصلة فلابد من قيام السبب لثبوت حق المطالبة الا ترى
ان الذمى اذا أسلم وعليه خراج رأسه لم يطالب بشيء منه لزوال السبب قبل الاستيفاء فهذا مثله
﴿قال﴾ وان كان الزوج غائبا فاستدانت عليه ثم قدم بعد انقضاء العدة فهذا ونفقة النكاح
سواء وقد بينا هناك ان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول استدانتها على الزوج
صحيح وعلى قوله الآخر انما استدانت على نفسها وليس على الزوج من ذلك شيء فكذلك
فى حكم نفقة العدة ﴿قال﴾ واذا تطاولت العدة بالمرأة فالنفقة لها واجبة حتى تنقضي
العدة بالحيض أو بالشهور عند الاياس لان سبب الاستحقاق قائم فيبقى الاستحقاق
ببقاء السبب طالت المدة أو قصرت الا تري ان في الطلاق الرجعى يسوى بين ان
تطول مدة الحيض أو تقصر والأصل فيه حديث علقمة رضى الله عنه فانه طلق امرأته

فارتفع حيضها سبعة عشر شهراً ثم ماتت فورثه منها عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وقال ان الله تعالى حبس ميراثها عليك ﴿قال﴾ وان اختلفا فى انقضاء العدة فالقول قولها مع يمينها لان ما في رحمها لا يعلمه غيرها فتكون أمينة فيه مقبولة القول هكذا قال أبي بن كعب رضى الله عنه من الامانة ان تؤمن المرأة على ما فى رحمها ولانها متمسكة بالاصل والاصل بقاء العدة واستحقاق النفقة كان ثابتاً لها فيبقى مالم يظهر انقضاء العدة وبقول الزوج ذلك لا يظهر فى حقها لان قوله ليس بحجة عليها فان أقام الزوج البينة على اقرارها بانقضاء العدة برئ من النفقة لان ثبوت اقرارها بالبينة كثبوته بالمعاينة ﴿قال﴾ واذا جامعت ابن زوجها مطاوعة فى عدتها لم تبطل بذلك نفقتها الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول النفقة تجب شيئاً فشيئاً فكما أنها لو طاوعت ابن الزوج فى حال قيام النكاح لم يكن لها النفقة فكذلك اذا فعلت ذلك في العدة ولكنا نقول لا تأثير لفعلها هنا في الفرقة فان الفرقة بينهما قد وقعت قبل فعلها ولا تأثير لهذا الفعل في اسقاط العدة فتبقى النفقة مستحقة لها بخلاف ما اذا فعلت حال قيام النكاح لان الفرقة هناك وقعت بفعلها وهي عاصية فى ذلك فأما اذا ارتدت فى العدة سقطت نفقتها لا لعين الردة ولكن لانها تحبس فلا تكون فى بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لا تستوجب النفقة فى حال قيام النكاح فكذلك لا تستوجب النفقة فى العدة وان تابت ورجعت الى بيته كان لها النفقة لزوال العارض وهو الحبس بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بردتها فان هناك لا نفقة لها وان تابت لان أصل الفرقة كان من جهتها بمعصية ولو لحقت بدار الحرب مرتدة فقد انقطعت العصمة بينهما حتى اذا جاءت مسلمة أو تائبة أو سبيت فأعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لان استحقاق النفقة باعتبار بقاء العصمة وتباين الدارين قاطع للعصمة ﴿قال﴾ ولو أن مستأمنا فى دارنا تزوج ذمية ودخل بها وطلقها فلها النفقة فى قول من يوجب على الذمية العدة وقد بينا فيه شبه الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فمن أوجب عليها يقول النفقة لما كانت مستحقة فى حال قيام النكاح لها يبقى ببقاء العدة ولا يشبه هذا لذمى الذى له أبوان حربيان دخلا بأمان فانه لا نفقة لهما عليه لانهما وان كانا في دارنا صورة فهما من أهل الحرب متمكنان من الرجوع الى دار الحرب ونفقة الاقارب بمنزلة الصلة ولا يثبت استحقاق الصلة للحربى على من هو من أهل دارنا وهذا لان هذه الصلة لابقائه وهو من أهل الحرب

فهو به مستوجب للقتل غير مستوجب للابقاء وكما لاتجب نفقتهما على الذمي لاتجب على المسلم بطريق الاولى ﴿قال﴾ وان كان للمسلم أب ذمى معسر فنى القياس لانفـقة له عليـه لاختلاف الدينين ألا ترى أن التوارث بينهما منقطع فـكذلك استحقاق النفـقة وهو نظير سائر الاقارب حتى لا يستوجبون النفقة مع اختلاف الدين ولـكنا نستحسن فى حق الاب الذمى والام لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وهذا فى الابوين الـكافرين لقوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بى وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتركهما يموتان جوعا ثم استحقاق النفقة فيما بين الوالد والولد بسبب الولادة وذلك متحقق مع اختـلاف الدين بخلاف سائر الاقارب فان الاستحقاق هنا بسبب الوراثة قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وباختلاف الدين ينقطع التوارث وبمعرفة حـدود كلام صاحب الشرع يحسـن الفقه ألا ترى أن حكم العتق عند دخوله فى ملـكه وحرمة الرجوع فى الهبة لما تعلق بالمحرميـة شرعا لم يختلف باختلاف الدين ﴿قال﴾ رجل أعتق أم ولده فلانفقة لها فى العدة لان استحقاق النفقة كان لها بملك اليمين والعتق مناف للملك وما عليها من العـدة نظير العدة من نـكاح فاسد أو وطء بشبهة ألا ترى أنه لايختلف بالحياة والوفاة وبمثل هذه العدة لاتستحق النفقة ﴿قال﴾ واذا أقر الرجل ان نكاح امرأته عليه حرام وقد دخل بها ففرق بينهما فلها المسمى من المهر ونفقة العدة لان أصل النكاح كان صحيحاً باعتبار الظاهر وهو غير مصـدق في اقراره بالحرمة فى حقها وانما يصدق فى حق نفسه بابطال ملكه عنها فيجعل هذا في حقها كالطلاق فلها جميع المسمى ونفقة العدة ﴿قال﴾ والتي زوجها عمها اذا اختارت نفسها بعد البلوغ وقد دخل بها الزوج فلها النفقة مادامت فى العـدة لان الفرقة من جهتها بسبب حق مستحق لها وكذلك اذا فرق القاضى بينهما بعد الدخول لعدم الـكفاءة فلها النفقة والسكنى ما دامت فى العدة لان أصل النكاح كان صحيحا يتوارثان به اذا مات أحدهما والفرقة اذا جاءت بسبب حق مستحق لاتسقط به نفقتها ﴿قال﴾ واذا فرض القاضي للمرأة على زوجها النفقة فأعطاها فسرق منها لم يكن على الزوج ان يعطيها مرة أخرى مالم يمض الوقت لانها قـد استوفت حق نفسها فدخل المستوفي فى ضمانها كما اذا استوفت المهر ويكون الهلاك بعـد ذلك عليها دون الزوج ولو أرسل بها اليها رسولا فقال الرسول قد أعطيتها اياها وجحـدت هي كان القول قولها مـع يمينها لان رسول الزوج نائبـه فدعواه انه أعطاها كدعوى الزوج ذلك

عليها ولو قال الزوج أعطيتها نفقتها وأنكرت هى الاستيفاء كان القول قولها مع يمينها فكذلك اذا ادعى الرسول انه أعطاها ولو أقرت بالاستيفاء ثم ماتت قبل مضى المدة ففى حق الزوج فى الاسترداد من التركة خلاف كما بينا فيما سبق ولافرق بين ان يكون المقبوض بعينه قائما أو يكون مستهلكا على القولين جميعا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب حكم الولد عند افتراق الزوجين

اعلم بأن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لانفسهم والقيام بحوائجهم جعل الشرع ولاية ذلك الى من هو مشفق عليهم فجعل حق التصرف الى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة والتصرف يستدعى قوة الرأى وجعل حق الحضانة الى الامهات لرفقهن فى ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت والظاهر أن الام أحفى وأشفق من الاب على الولد فتتحمل فى ذلك من المشقة مالا يتحمله الاب وفى تفويض ذلك اليها زيادة منفعة للولد والاصل فيه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ولدى هذا قد كان بطني له وعاء وحجرى له حواء وثديي له سقاء وأن هذا يريد أن ينتزعه منى فقال صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تتزوجي ولما خاصم عمر أم عاصم بين يدى أبي بكر رضى الله تعالى عنه لينتزع عاصما منها قال له أبو بكر رضي الله تعالى عنه ريحها خير له من سمن وعسل عندك وفى رواية ريقها خير له ياعمر فدعه عندها حتى يشب وفى رواية دعه فريح لفاعها خير له من سمن وعسل عندك اذا عرفنا هذا فنقول اذا فارق الرجل امرأته ولهما ولد فالام أحق بالولد أن يكون عندها حتى يستغنى عنها فان كان غلاما فحتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفى نوادر داود بن رشيد ويستنجى وحده وان كانت جارية فهي أحق بها حتي تحيض وكان القياس أن يستوى الغلام والجارية فى ذلك واذا استغنيا يكون الأب أحق بهما لان للام حق الحضانه وذلك ينتهى اذا استغنى عن ذلك والحاجة الى الحفظ بعد ذلك والاب أقدر على الحفظ. فان المرأة تعجز عن حفظ نفسها وتحتاج الى من يحفظها على ماقيل النساء لحم على وضم الا ماذب عنهن فكيف تقدر على حفظ غيرها ولكنا تركنا القياس فقلنا الجارية وان استغنت عن التربية فقد احتاجت الى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب والام على ذلك

أقدر واذا دفعت الى الاب اختلطت بالرجال فيقل حياؤها والحياء فى النساء زينة وانما يبقى ذلك اذا كانت تحت ذيل أمها فكانت أحق بها حتى تحيض فاذا بلغت احتاجت الى التزويج وولاية التزويج الى الاب وصارت عرضة للفتنة ومطمعة للرجال وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك وفى نوادر هشام عن محمد رحمه الله تعالى اذا بلغت حد الشهوة فالاب أحق بها للمعنى الذى أشرنا اليه وهو قوة غيرة الرجال فان الام ربما تخدع فتقع فى فتنة ولا تشعر الام بذلك ويؤمن ذلك على الاب فأما الغلام اذا استغنى فقد احتاج الى تعلم أعمال الرجال والاب على ذلك أقدر واحتاج الى من يثقفه ويؤدبه والاب هو الذى يقوى على ذلك ولان صحبة النساء مفسدة للرجال فاذا ترك عندها ينكسر لسانه ويميل طبعه الى طبع النساء فربما يجيء مخنثا فلهذا يدفع الى الاب بعد ذلك وهذا مذهبنا فأما عند الشافعى رحمه الله تعالى يخير بين الابوين فيدفع الى من اختار الغلام صحبته لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين ولكنا نقول فى هذا بناء الالزام والحكم على قول الصبي وذلك لا يجوز ولان الصبي فى العادة يختار ما يضره لانه يختار من لا يؤدبه ولا يمنعه شهوته والذى روى من الاثر فقد دعى رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك الغلام فقال اللهم سدده فببركة دعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم اختار ما هو أنفع له ولا يوجد مثله فى حق غيره والرضاع والنفقة على الوالد لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن يعنى مؤنة الرضاع وهذا بخلاف حال قيام النكاح بينهما فانها لا تستوجب الاجر على ارضاع الولد وان استأجرها عندنا لان في حال بقاء النكاح الرضاع من الاعمال المستحقة عليها دينا وبعد الفرقة ليس ذلك بمستحق عليها دينا ولا دينا وكما أن النفقة بعد الفطام على الاب لا يشاركه أحد فى ذلك باعتبار أن الولد جزء منه والانفاق عليه كالانفاق على نفسه فكذلك قبل الفطام مؤنة الرضاع عليه فان كان يجد من يرضعه بأقل مما ترضعه المرأة ولم تأخذه المرأة بذلك استأجر الظئر لترضعه قال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولانها قصدت الاضرار بالزوج في التحكم عليه وطلب الزيادة الا أن الظئر تأتى فترضعه عند أمه وليس للاب أن يأخذ الولد منها لان حق الحضانة لها فلا يملك الاب ابطال حقها وان اخذته الام بمثل ذلك فهى أحق به لانها أشفق على الولد من الظئر ولبنها أوفق له

والأب في هذا الموضع قاصد الى الاضرار والتعنت حين رضي بدفع مقدار الى الظئر ولا رضي بدفع مثل ذلك الى الام فان لم يكن وقع بينهما فرقة فلا أجر لها على الرضاع وان أبت أن ترضع لم تكره على ذلك لان المستحق عليها بالنكاح تسليم النفس الى الزوج للاستمتاع وما سوى ذلك من الاعمال تؤمر به تدينا ولا تجبر عليه فى الحكم نحو كنس البيت وغسل الثياب والطبخ والخبز فكذلك ارضاع الولد ﴿قال﴾ وان لم يكن للصبي أب وكان له أم وعم فالرضاع عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما ان كانا موسرين لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فقد اعتبر صفة الوراثة فى حق غير الاب فدل ذلك على أنه يكون على الورثة بحسب الميراث ولكن بعد أن يكون ذا رحم محرم ثبت ذلك بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فان قراءته لا تتخلف عن روايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه ما كان هذا الا سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال في النفقة بعد الفطام الجواب هكذا وكذلك فيما يحتاج اليه من النفقة قبل الفطام فاما الرضاع فانه كله على الأم لانها موسرة باللبن والعم معسر في ذلك ولكن فى ظاهر الرواية قال قدرة العم على تحصيل ذلك بماله يجعله موسراً فيه فلهذا كان عليهما اثلاثا والأم أحق ان يكون عندها حتى يبلغ ماوصفنا فان كان العم فقيرا والأم غنية فالرضاع والنفقة على الأم لان النفقة على العم مستحقة فى ماله لا فى كسبه على مانبينه في نفقة ذوى الأرحام ان شاء الله تعالى والمعسر ليس له مال فلا يلزمه شئ من النفقة بل هو كالمعدوم فكانت النفقة على الام فان كان له أم وأخ لاب وأم وعم وهم أغنياء فالرضاع على الأم والأخ اثلاثا بحسب الميراث ولا شئ من ذلك على العم لانه ليس بوارث مع الأخ والغرم مقابل بالغنم وانما يستحق على من يكون الغنم له اذا مات الولد والحاصل ان بعد الأب النفقة على كل ذى رحم محرم اذا كانوا أغنياء على حسب الميراث ومن كان منهم فقيراً لم يجبر على النفقة فان تطوع بشئ فهو أفضل فان كانت الأم فقيرة وللولد عمة وخالة غنيتان فالنفقة عليهما أثلاثا على العمة الثلثان وعلى الخالة الثلث لان الام الفقيرة كالمعدومة وبعدها الميراث بين العمة والخالة أثلاثا فكذا النفقة عليهما وعلى هذا لو كان له ابن عم هو وارثه فان ابن العم ليس بذى رحم محرم فلا شئ عليه من النفقة بل يجعل هو فى حق النفقة كالمعدوم وتكون النفقة على العمة والخالة أثلاثا

وان كان الميراث لابن العم وكذلك كل عصبة ليس بذى رحم محرم فلا نفقة عليه وان كان الميراث له الا ترى ان مولى العتاقة عصبة في حق الميراث ولا نفقة عليه فكذلك من ليس بمحرم من الاقارب ﴿قال﴾ ويؤمر الموسر والوسط لولده اذا كانوا أكثر من واحد بخادم فان لم يكفهم فخادمان يقومان عليهم في خدمتهم لان هذا من جملة كفايتهم فتكون على الاب كالنفقة والكسوة الا أن المعسر عاجز عن ذلك والتكليف بحسب الوسع فأما الموسر ووسط الحال يقدر على ذلك فيؤمر من ذلك بما تقع به الكفاية ﴿قال﴾ فان تزوجت الام فللأب أن يأخذ الولد منها لقوله صلى الله عليه وسلم مالم تتزوجى فانما جعل الحق لها الي أن تتزوج وحكم مابعد الغاية مخالف لما قبل ذلك ولانها لما تزوجت فقد اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد والولد في العادة يلحقه الجفاء والمذلة من زوج الام فكان للأب أن لا يرضى بذلك فيأخذ الولد منها ﴿قال﴾ وأم الام في ذلك سواء بمنزلة الام بعدها لان حق الحضانة بسبب الامومة وهى أم تدلى بأم فهى أولى من أم الاب لانها تدلى بقرابة الأب وقرابة الام في الحضانة مقدمة على قرابة الاب ﴿قال﴾ ويستوى ان كانت الام مسلمة أو كتابية أو مجوسية لان حق الحضانة لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين على ماقيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى ومن مشايخنا من يقول اذا كانت كافرة فعقل الولد فانه يؤخذ منها جارية كانت أو غلاما لانه مسلم باسلام الاب وانها تعلمها الكفر فلا تؤمن من الفتنة اذا تركت عندها فلهذا تؤخذ منها فان كان لام الام زوج نظرنا فان كان زوجها جد الولد فهى أحق به لان جد الولد يكون مشفقاً عليه ولا يلحقه الاذى والجفاء من جهته وان كان أجنبياً فلا حق لها في الولد كالام اذا تزوجت أجنبيا ﴿قال﴾ وأم الاب بعدها أحق بهم عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى الاخت من الاب والام أو من الام أو الخالة أحق من الجدة أم الاب لانها تدلى بقرابة الاب ومن سمينا بقرابة الام واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام ولكنا نقول هذه أم فى نفسها كأم الام والام مقدمة على غيرها فى الحضانة ثم أصل الشفقة باعتبار الولاد وذلك للجدات دون الاخوات والخالات فلهذا كانت أم الاب أحق وان كان لها زوج فان كان زوجها جد الولد فكذلك وان كان زوجها أجنبيا أو كانت هى ميتة فحق الحضانة الى الاخوات والاخت لأب وأم أولى من الاخت لام وعلى قول زفر رحمه الله تعالى هما مستويتان لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما سواء فى ذلك

ولكنا نقول قرابة الاخت لاب وأم من جهتين والشفقة بالقرابة فذو القرابتين يكون أشفق فكان بالحضانة أحق ويجوز أن يقع الترجيح بما لا يكون علة الاستحقاق ألا ترى أن الاخ لاب وأم مقدم فى العصوبة على الاخ لأب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها ثم الاخت لام تقدم على الاخت لاب لان استحقاق الحضانة بقرابة الام وهي تدلى بقرابة الام والاخرى انما تدلى بقرابة الاب ثم بعد الاخت لام قال في كتاب النكاح الاخت لاب أولى من الخالة وفي كتاب الطلاق قال الخالة أولى من الاخت لاب ففي رواية كتاب النكاح اعتبر قرب القرابة والاخت لاب أقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وفي كتاب الطلاق اعتبر المدلى به فقال الخالة تدلى بالام والاخت لاب تدلى بالاب والام فى حق الحضانة مقدمة على الأب فكذلك من يدلى بقرابة الام يكون مقدما على من يدلى بقرابة الاب ثم بعد الاخوات بناتهن على الترتيب الذى ذكرنا في الاخوات وبنات الاخوات فى الحضانة أحق من بنات الاخوة لان المدلى به في بنات الاخوة لم يكن له حق فى الحضانة بخلاف بنات الاخوات ثم بعدهن الخالة لاب وأم ثم بعدها الخالة لأب والدليل على ثبوت حق الحضانة للخالات ماروى أن علي بن أبى طالب وجعفرا وزيد بن حارثة رضى الله عنهم اختصموا بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ابنة حمزة رضى الله عنه فقال على رضى الله عنه بنت عمى فأنا أحق بها وقال جعفر رضى الله عنه ابنة عمى وخالتها عندى وقال زيد بن حارثة رضى الله عنه ابنة أخي آخيت بيني وبينه يارسول الله فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لجعفر رضى الله عنه فقال الخالة أم والترتيب في الخالات على قياس الترتيب في الاخوات وهن أحق بالحضانة من العمات لان الخالة تدلى بالأم والعمة تدلى بالاب واستحقاق الحضانة بقرابة الام فلهذا قدمت الخالة فى ذلك على العمة ثم بعد الخالات العمات فالتي من الاب والام تقدم ثم بعدها التي من الام ثم التي من الاب على قياس الخالات وبنت الاخ أولى من العمات لان كل واحدة منهما تدلى بمن لا حق له فى الحضانة ولكن بنت الاخ أقرب والخالة أولى من بنت الاخ لان الخالة تدلى بمن لها حق فى الحضانة وهي الام وابنة الاخ تدلى بمن ليس له حق في الحضانة فلهذا كانت الخالة أحق

﴿ قال ﴾ وليس لمن سوى الام والجدتين حق في الولد اذا أكل وشرب ولبس وحده جارية كانت أو غلاما لانه ترك الجارية عند الام والجدتين لتعلم أعمال داخل البيت وانما يتأتى

ذلك بالاستخدام وللأم والجدتين حق الاستخدام وليس لغيرهن ممن سمينا حق الاستخدام ولا يحصل مقصود تعليم الاعمال الا بذلك فلهذا أخذ منهن ثم بعدما استغنى الغلام أو حاضت الجارية عند الام والجدتين او استغنت عند غيرهن فالاب أحق بالولد ثم بعده الجدات لاب ثم الاخ من الاب والام ثم الاخ من الاب لان ولاية الضم الى نفسه بعد هذا باعتبار العصوبة فمن يكون مقدما في العصوبة من ذى الرحم المحرم أولى بذلك وقد بينا ترتيب العصبات فى أول الكتاب ولا حق لابن العم فى ذلك لانه رحم غير محرم فلا يؤمن منه أن يطمع فيها فلهذا لا يكون له ان يضمها وان كانت ولاية التزويج له باعتبار العصوبة ﴿ قال ﴾ واذا اجتمع أخوة لاب وأم فأفضلهم صلاحا وورعا أحق به لان ضمه الى أقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم الاقرب وضمه الى أبينهم صلاحا أنفع للولد لانه يتخلق بأخلاقه فان كانوا فى ذلك سواء فأكبرهم أحق لقوله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر ولان حق أكبرهم أسرع ثبوتا فعند التعارض يترجح ذلك وكذلك الاعمام بعد الاخوة ثم الغلام اذا بلغ رشيداً فله ان ينفرد بالسكنى وليس للاب ان يضمه الى نفسه الا ان يكون مفسداً مخوفا عليه فحينئذ له ان يضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله فانه بعد ما بلغ رشيداً لا يبقي للاب يد فى ماله فكذلك فى نفسه واذا بلغ مبذراً كان للاب ولاية حفظ ماله فكذلك له ان يضمه الى نفسه اما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه فانه يعير بفساد ولده فاما الجارية اذا كانت بكراً فللاب ان يضمها الى نفسه بعد البلوغ لانها لم تختبر الرجال فتكون سريعة الانخداع فاما اذا كانت ثيبا فلها ان تنفرد بالسكنى لانها قد اختبرت الرجال وعرفت كيدهم ومكرهم فليس للاب ان يضمها الى نفسه بعد البلوغ لان ولايته قد زالت بالبلوغ وانما بقى حق الضم فى البكر لانها عرضة للفتنة وللانخداع وذلك غير موجود فى حق الثيب والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للولى مع الثيب أمر وقال صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها يعنى فى التفرد بالسكنى ولكن هذا اذا كانت مأمونة على نفسها وذكر فى كتاب الطلاق أن الثيب اذا كانت مخوفة على نفسها لا يوثق بها فللأب أن يضمها الى نفسه لبقاء الخوف وقد بينا أن ولاية الضم فى البكر لكونها مخوفا عليها فاذا وجد ذلك فى حق الثيب كان له أن يضمها الى نفسه واما البكر فان لم يكن لها أب ولا جد وكان لها أخ أو عم فله أن يضمها اليه أيضاً لانه مشفق عليها فيقوم بحفظها وان كانت لا تبلغ شفقته

شفقة الاب بمنزلة ولاية التزويج يثبت للعم والاخ بعد الاب والجد فان كان أخوها أو عمها مفسداً مخوفا لم يخل بينه وبينها لان ضمها اليه لدفع الفتنة فاذا كان سببا للفتنة لم يكن له حق ضمها اليه بل يجعل هو كالمعدوم فتكون ولاية النظر بعد ذلك الي القاضي ينظر امرأة من المسلمين ثقة فيضمها عندها وكما يثبت للقاضي ولاية النظر في مالها عند عجزها عن ذلك فكذلك في حق نفسها فان كانت البكر قد دخلت في السن فاجتمع لها رأيها وعقلها وأخوها أو عمها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث شاءت في مكان لا يخاف عليها لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها ﴿قال﴾ وأم الولد اذا أعتقها مولاها في الولد بمنزلة الحرة المطلقة لان ثبوت هذا الحق للأم باعتبار شفقتها علي الولد وذلك موجود في حق أم الولد بل شفقتهن على أولادهن أظهر من شفقة الحرائر لان الولد كان سبب عتقها الا أن قبل العتق ليس لها حق الحضانة لاشتغالها بخدمة مولاها ولانها مملوكة لا تلي نفسها وحق الحضانة نوع ولاية فكما لا يثبت سائر الولايات للرقيق فكذلك في الحضانة وهذا المعنى يزول بالعتق فكانت في الحضانة بعد العتق كالحرة الاصلية ﴿قال﴾ والامة اذا فارقها زوجها فان الولد رقيق لمولى الامة يأخذهم المولى وهو أولى بهم من الاب لان الولد تبع الام في الملك والمملوك مالكه أحق من غيره وكذلك اذا كان الزوج حراً لم يفارق أمه فالمولى أولى بالولد لكونه مملوكا له ولكن لا ينبغي أن يفرق بين الولد الصغير وبين امه لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين أحبته يوم القيامة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب متاع البيت

﴿قال﴾ رضي الله عنه واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما كان للنساء كالدرع والخمار والمغازل وما أشبه ذلك فهو للمرأة وما كان للرجال كالسلاح والقباء والقلنسوة والمنطقة والطيلسان والسراويل والفرس فهو للرجل وما كان للرجال والنساء كالخادم والعبد والشاة والفرش فهو للرجل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كانا حيين وان مات أحدهما ووقع الاختلاف بين الحي منهما وورثة الميت فهو للباقي منهما أيهما كان وقال محمد رحمه الله تعالى

مايصلح للرجال والنساء فهو للرجل ان كان حيا ولورثته ان كان ميتاً وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى تعطي المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل استحسن ذلك وقال ابن أبي ليلى مايصلح للرجال والنساء فهو للزوج ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا وانما لها مايصلح للنساء خاصة وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجل الا ما على المرأة من ثياب بدنها وقال زفر رحمه الله تعالى المتاع بينهما نصفان اذا لم تقم لواحد منهما بينة وهو قول مالك رحمه الله تعالى وأحد أقاويل الشافعي رضي الله تعالى عنه وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن البصري ان كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها الا ما على الزوج من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له لان يد صاحب البيت على مافي البيت أقوى وأظهر من يدغيره ولان المرأة ساكنة البيت الا ترى انها تسمى قعيدة فاذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد ومن يقول المتاع كله للزوج قال لان المرأة في يد الزوج فما في بيتها يكون في يد الزوج أيضاً الا ترى انه صاحب البيت وان المنزل يضاف اليه ولهذا لو تنازع رجلان في امرأة وهي في بيت أحدهما فأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى ويكون هذا بمنزلة الاجير مع المستأجر اذا اختلفا في متاع الحانوت فالقول قول المستأجر وليس للاجير الا ماعليه من ثياب بدنه فهذا مثله ومن يقول الكل بينهما نصفان يقول استويا في سبب الاستحقاق لانهما ساكنان في البيت فالبيت مع مافيه يكون في يدهما ولا معتبر في الدعوى والخصومات بالشبه الا ترى ان اسكافا وعطارا لو تنازعا في آلات الاسكافة أو آلات العطارين وهو في أيديهما قضى بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لكل واحد منهما وهذا لان الانسان قد يتخذ الشيء لاستعماله وقد يتخذه ليتجر فيه فكذلك هذا ومن يقول ان المشكل بينهما يقول لكل واحد منهما فيما يصلح له نوع ترجيح من حيث ان الظاهر انه هو الذي اتخذه لاستعماله فيترجح به كما لو تنازع صاحب الدار مع سكانها في لوح موضوع في الدار ونقشه يشبه نقش الالواح التي في السقف وموضعه من السقف ظاهر فان القول قول صاحب الدار لاجل شهادة الظاهر له وان لم يكن بهذه الصفة فالقول قول الساكن كسائر الامتعة فاما في المشكل لا ترجيح لواحد منهما فيعتبر فيه المساواة في سبب الاستحقاق فيكون بينهما نصفان وأما أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول القياس ان يكون الكل للزوج لان المرأة مع مافي يدها في يد الزوج الا أن الظاهر انها لا تزف الى

بيت زوجها الامع جهاز مثلها في مقدار جهاز مثلها يترك القياس للعرف الظاهر ويجعل ذلك لها وفيما زاد على ذلك القول قول الزوج بطريق القياس الذى قلنا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما يصلح للرجال فهو قريب من استعمال الرجل وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال يد حتي لو تنازع رجلان فى ثوب واحد وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعا في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لاحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل فى الطلاق لانه صاحب البيت فقد كانت هى مع المتاع في يده فأما بعد موت أحدهما قال محمد رحمه الله تعالى ورثة الزوج يقومون مقام الزوج فكما أن في المشكل القول قوله فى حياته فكذلك بعد موته القول قول ورثته وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يد الباقى منهما الى المتاع أسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد لصلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد ولان يد الباقى منهما يد نفسه ويد الوارث قائمة مقام يد مورثه فلهذا النوع من الترجيح كان المشكل للباقي منهما أيهما كان وما كان من متاع التجارة والرجل معروف بتلك التجارة فهو للرجل والجبة المحشوة وجبة القز والخز والبرود فهو للرجل اذا كانت ذات لبة لان هذا مما يستعمله الرجال دون النساء والمستقة والبر كان المعلم مما يكون للرجال والنساء جميعا وان كان أحد الزوجين حراً والآخر مملوكا أو مكاتباً فالمتاع للحر منهما أيهما كان فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي هذا وما لو كانا حرين سواء على ما بينا فى الفصل الاول من قول كل واحد منهما وانما نص على هذا الخلاف فى الجامع الصغير وجه قولهما أن المملوك بمنزلة الحر في الاستحقاق باليد لان له يدا معتبرة ألا ترى أنه لو تنازع حر ومملوك فى متاع في يدهما كان بينهما نصفان ولا تترجح يد الحر بحريته فكذلك هذا ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول يد الحر أقوي فانها يد ملك ويد العبد ليست بيد ملك فكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد يقع بالقرب من الاستعمال بخلاف سائر الدعاوى والخصومات فكذلك يقع الترجيح هنا بقوة اليد بالحرية توضيحه أن يد الحر يد نفسه ويد العبد من وجه كأنها يد مولاه وقد بينا أن الترجيح هنا باعتبار أن يده يد نفسه كما بعد موت أحدهما وان كان أحدهما كافراً والآخر مسلما فالمسلم والكافر فى

ذلك سواء لانهما فى قوة اليد يستويان فان يد كل واحد منهما يد نفسه وهي يد ملك فيستويان فى الاستحقاق ويستوى ان وقعت المنازعة بينهما في حال قيام النكاح أو بعد وقوع الفرقة بأى وجه وقعت الفرقة بينهما سواء كانت الفرقة من قبل الزوج أو من قبل المرأة وان كانت أمة فأعتقت فاختارت نفسها فما عرف أنه كان فى البيت قبل أن تعتق فهو للرجل عند أبى حنيفة بمنزلة ما لو وقعت المنازعة فى ذلك قبل عتقها وما أحدثا بعد العتق قبل أن تختار نفسها فهو على ما بينا في الطلاق لان يدها بالعتق تتقوى فتستوى بيد الرجل فيما أحدث بعد العتق ﴿ قال ﴾ فان كان له نسوة فوقع الاختلاف بينه وبينهن فان كن في بيت واحد فمتاع النسوة بينهن سواء للمساواة بينهن فى سبب الاستحقاق وهو القرب من الاستعمال وقوة اليد بسببه وان كانت كل واحدة منهن في بيت واحد فما فى بيت كل واحدة منهن بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولا يشارك بعضهن بعضا لانه لا يد لكل واحدة منهن فيما فى بيت ضرتها فلا تستحق شيئاً من ذلك الا بحجة ﴿ قال ﴾ واذا أقرت المرأة بمتاع أن الرجل اشتراه فهو للرجل لان الشراء سبب موجب للملك وقد أقرت له بمباشرة هذا السبب ولان ما أقرت به كالمعاين ولو عايناه اشترى شيئاً كان ذلك مملوكا له فكذلك اذا أقرت هى بشرائه ﴿ قال ﴾ واذا مات الرجل فقالت الورثة للمرأة قد كان طلقك في حياته ثلاثا وأرادوا أن يأخذوا منها المشكل لم يصدقوا على ذلك وهذا التفريع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه يقول اذا وقعت الفرقة بالطلاق ففى المشكل القول قول الزوج واذا وقعت بالموت ففي المشكل القول قول الباقى منهما ثم هنا الورثة يدعون طلاقا لم يظهر سببه فلا يقبل قولهم فى ذلك الا بحجة الا ترى انهم لو أرادوا منع ميراثها بهذه الدعوى لم يقبل قولهم في ذلك ولان القول قولها بعد ماتحلف بالله انها ماتعلم انه طلقها لانها لوأقرت بالطلاق لزمها فاذا أنكرت حلفت عليه ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فان علم انه طلقها فى صحته ثلاثا ثم مات أو طلقها في مرضه ثلاثا ثم مات بعد انقضاء العدة ففى المشكل القول قول ورثة الزوج لانها صارت أجنبية بهذا الطلاق ولو وقعت المنازعة بينهما فى المشكل بعد الطلاق كان القول فيه قول الزوج فكذلك بعد موته القول فيه قول ورثته وان مات قبل ان تنقضى العدة فهو للمرأة لان الطلاق في المرض لايجعلها أجنبية مالم تنقضى عدتها الا ترى انها ترثه بالزوجية اذا مات فكان هذا ومالو وقعت الفرقة بينهما

بالموت

بالموت سواء فلهذا كان القول في المشكل قولها وان كانا مملوكين أو مكاتبين أو كافرين فالقول فى المتاع على ما وصفنا فى الحرين المسلمين لان هذا من باب الدعوى والخصومة والكفار والمماليك في ذلك يستوون بالاحرار المسلمين كما فى سائر الخصومات والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب القسمة بين النساء

اعلم بان الزوج مأمور بالعدل فى القسمة فيما بين النساء وذلك ثابت بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة الى قوله ذلك أدنى أن لا تعولوا معناه ان لا تجوروا وذكر الشافعي رحمه الله تعالى في أحكام القرآن ان معناه ان لا تكثر عيالكم وهذا مخالف لقول السلف فالمنقول عنهم أن لا تميلوا ومع ذلك فهو خطأ من حيث اللغة فانه لو كان المراد كثرة العيال لكان يقول ان لا تعيلوا يقال عال اذا مال وأعال اذا صار معيلا ومن حيث المعنى كذلك أيضا غلطا فانه أمر بالاكتفاء بالواحدة واتخاذ ماشئنا من ملك اليمين عند هذا الجور ومعنى كثرة العيال ووجوب النفقة يحصل فى ملك اليمين كما يحصل فى ملك النكاح وانما ينعدم فى ملك اليمين استحقاق التسوية في القسمة وأما السنة فما روى عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل فى القسمة بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني من زيادة المحبة لبعضهن وفي حديث أبي هريرة رضى الله عنه ان النبي صلي الله عليه وسلم قال من كانت له زوجتان فمال الى احداهما في القسم جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولان النساء رعاياه الا ترى انه يحفظهن وينفق عليهن وكل راع مأمور بالعدل فى رعيته واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله كلكم راع وكلكم مسؤل عن رعيته اذا عرفنا هذا فنقول اذا كان للرجل الحر أو المملوك امرأتان حرتان فانه يكون عند كل واحدة منهما يوما وليلة وان شاء ان يجعل لكل واحدة منهما ثلاثة أيام فعل لان المستحق عليه التسوية فاما في مقدار الدور فالاختيار اليه وهذه التسوية في البيتوتة عندها للصحبة والمؤانسة لا فى المجامعة لان ذلك ينبني على النشاط ولا يقدر على اعتبار المساواة فيه فهو نظير المحبة في القلب وروى عن الاشعث بن الحكم رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لام سلمة رضى الله عنها حين دخل

بها ان شئت سبعت لك وسبعت لهن زاد في بعض الروايات ان شئت ثلثت لك وثلثت لهن وفي رواية وان شئت ثلثت لك ثم درت وبهذا الحديث أخذ علماؤنا فقالوا الجديدة والقديمة في حكم القسم سواء بكراً كانت الجديدة أو ثيبا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كانت بكراً يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيباً فثلاث ليال ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث ولان القديمة قد ألفت صحبته وأنست به والجديدة ما ألفت ذلك بل فيها نوع نفرة ووحشة فينبغي أن يزيل ذلك عنها ببعض الصحبة لتستوي بالقديمة في الالف ثم المساواة بعد ذلك فاذا كانت بكراً ففيها زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال واذا كانت ثيبا فهي قد صحبت الرجال وانما لم تصحبه خاصة فيكفيها ثلاث ليال لتأنس بصحبته وحجتنا في ذلك أن سبب وجوب التسوية اجتماعها في نكاحه وقد تحقق ذلك بنفس العقد ولو وجب تفضيل إحداهما كانت القديمة أولى بذلك لان الوحشة في جانبها أكثر حيث أدخل غيرها عليها فان ذلك يغيظها عادة ولان للقديمة زيادة حرمة بسبب الخدمة كما يقال لكل جديد لذة ولكل قديم حرمة وأما الحديث فالمراد التفضيل بالبداية دون الزيادة كما ذكر في حديث أم سلمة رضي الله تعالى عنها ان شئت سبعت لك وسبعت لهن وقوله ان شئت ثلثت لك ثم درت أي أخبرت بمثل ذلك على كل واحدة منهن ونحن نقول به ان للزوج أن يبدأ بالجديدة لما له في ذلك من اللذة ولكن بعد أن يسوى بينهما ﴿قال﴾ والمسلمة والكافرة والمراهقة والمجنونة والبالغة في استحقاق القسم سواء للمساواة بينهن في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح فلا ينبغي أن يقيم عند إحداهن أكثر مما يقيم عند الاخرى الا أن تأذن له فيه لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذن نساءه في مرضه أن يكون في بيت عائشة رضي الله تعالى عنها فأذنّ له في ذلك فكان في بيتها حتى قبض صلي الله عليه وسلم ففي هذا دليل على أن الصحيح والمريض في القسم سواء لان النبي صلى الله عليه وسلم في أول مرضه كان يكون عند كل واحدة منهن ثم لما شق ذلك عليه استأذنهنّ في أن يكون عند عائشة رضي الله تعالى عنها فدل ذلك على أن الصحيح والمريض سواء وأن عند الاذن له أن يقيم عند احداهن فأما الامة والمكاتبة والمدبرة وأم الولد تكون زوجة الرجل فيتزوج عليها حرة فللحرة يومان وللامة يوم واحد لحديث علي رضي الله تعالى عنه على ماروينا

قال وللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث ولان حل الامة على النصف من حل الحرة واستحقاق القسم باعتبار ذلك والرق في المكاتبة والمدبرة وأم الولد قائم ﴿قال﴾ وان سافر الرجل مع احدى امرأتيه لحج أو غيره فلما قدم طالبته الثانية أن يقيم عندها مثل المدة التى كان فيها مع الاخري في السفر لم يكن لها ذلك ولم يحتسب عليه بأيام سفره مع التى كانت معه ولكنه يستقبل العدل بينهن والكلام هنا في فصلين أحدهما ان له أن يسافر بأيتهما شاء من غير اقراع بينهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس له ذلك الا أن يقرع بينهما لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه قالت عائشة رضى الله عنها وأصابتنى القرعة في السفرة التى أصابني فيها ما أصابني وحجتنا فى ذلك أنه لا حق للمرأة في القسم عند سفر الزوج ألا ترى ان له أن يسافر ولا يستصحب واحدة منهن فليس عليه التسوية بينهن فى حالة السفر وانما كان يفعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم تطييبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وبه نقول ان ذلك مستحب للزوج ثم اذا سافر ببعضهن ليس للباقين بعد الرجوع الاحتساب عليه بتلك المدة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان سافر ببعضهن بغير اقتراع فذلك محسوب عليه في حق الاخرى بناء على أصله أن الاقراع مستحق عليه فاذا لم يفعل ذلك كانت مدة سفره نوبة التى كانت معه فينبغي أن يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وقد بينا أنه لا حق للمرأة فى القسم فى حال سفر الزوج فلا يلزمه مراعاة التسوية باعتبار تلك المدة كما اذا سافر بها بالقرعة الا ترى انه فى حالة الحضر لافرق بين ان تكون البداية باقراع أو بغير اقراع فكذلك في السفر ﴿قال﴾ ولو أقام عند إحداهما شهراً ثم خاصمته الأخرى في ذلك قضى عليه ان يستقبل العدل بينهما وما مضى فهو هدر غير انه هو فيه آثم لان القسمة تكون بعد الطلب من كل واحدة منهما فما مضى قبل الطلب ليس من القسمة فى شئ والواجب عليه العدل في القسمة الا ترى أن مامضى قبل نكاح احداهما لا يعتبر في حق التى جدد نكاحها فكذلك مامضى قبل طلبها ﴿قال﴾ فان عاد الى الجور بعد مانهاه القاضى أوجعه عقوبة وأمره بالعدل لانه أساء الأدب فيما صنع وارتكب ماهو حرام عليه وهو الجور فيعذر في ذلك ويؤمر بالعدل ﴿قال﴾ ولو كان عند الرجل امرأة فدخلت فى سنها أى كبرت

فأراد ان يستبدل بها شابة فطلبت ان يمسكها ويتزوج بالأخرى ويقيم عند التى تزوج أياما ويقيم عندها يوما فتزوج على هذا الشرط كان جائزاً لا بأس به لقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما الآية قال على رضى الله عنه انما نزلت هذه الآية فى هذا وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة رضى الله عنها حين طعنت فى السن اعتدى فسألته لوجه الله تعالى ان يراجعها ويجعل يوم نوبتها لعائشة رضى الله عنها لكي تحشر يوم القيامة مع أزواجه صلى الله عليه وسلم ورضى عنهن ففعل ﴿ قال ﴾ ولا بأس بأن يقيم الرجل عند احدى امرأتيه أكثر مما يقيم عند الاخرى اذا أذنت له لما روينا من الحديث في مقامه صلى الله عليه وسلم فى بيت عائشة رضى الله عنها باذنهن رضى الله عنهن ولقول ابن عباس رضى الله عنه فى قوله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء الاية قال هذا فى الحب فامافى القسم فينبغى ان يعدل ولا يفضل احداهما الا باذن الاخرى وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنه فى قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً مثل قول على رضى الله تعالى عنه وكان المعنى فيه أن التى رضيت أسقطت حق نفسها وهي من أهل أن تسقط حقها الا أن هذا الرضا ليس يلزمها شيئا حتى اذا أرادت أن ترجع وتطالب بالعدل فى القسم فلها ذلك ﴿ قال ﴾ واذا أقام عند امرأته الامة يوما ثم أعتقت لم يقم عند الحرة الاخرى الا يوما واحداً لأن المعتقة استوت بالحرة فى السبب فعليه مراعاة التسوية بينهما فى القسم وتجعل حريتها عند انتهاء النوبة اليها بمنزلة حريتها عند ابتداء النوبة ولو أقام عند الحرة يوما ثم أعتقت تحول عنها الى المعتقة لانها قد استوت بها فليس له أن يفضل الحرة بشئ بعد مااستوت المعتقة بها ﴿ قال ﴾ واذا كان للرجل امرأة واحدة فكان يقوم الليل ويصوم النهار فاستعدت عليه امرأته فإنه يؤمر بأن يبيت معها ويفطر لها وبلغنا عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال لكعب بن سور اقض بينهما فقال أراها احدى نسائه الاربع لهن ثلاثة أيام ولياليها ولها يوم وليلة وقصة هذا الحديث أن امرأة جاءت الى عمر رضى الله تعالى عنه وقالت ان زوجى يصوم النهار ويقوم الليل فقال نعم الرجل زوجك فأعادت كلامها مراراً في كل ذلك يجيبها عمر رضي الله عنه بهذا فقال كعب بن سور ياأمير المؤمنين انها تشكو من زوجها فى أنه هجر من صحبتها فتعجب عمر رضى الله تعالى عنه من فطنته وقال اقض بينهما فقضى كعب رضى الله تعالى عنه بما ذكر فولاه عمر رضى الله تعالى

عنه قضاء البصرة ثم فى ظاهر الرواية لايتعين حقها فى يوم وليلة من كل أربع ليال ولكن يؤمر الزوج بأن يراعى قلبها ويبيت معها أحيانا . وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال اذا كان للرجل امرأة واحدة فاشتغل عنها بالصيام والقيام أو بصحبة الاماء فخاصمته فى ذلك نضى القاضى لها بليلة من كل أربع ليال لحديث كعب بن سور ولان للزوج أن يسقط حقها عن ثلاث ليال بأن يتزوج ثلاثا سواها وليس له أن يسقط حقها أكثر من ذلك وجه ظاهر الرواية أن القسمة والعدل انما يكون عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا حين لم يكن فى نكاحه الا واحدة أرأيت لو كان تحته أربع نسوة أكان يستحق عليه يوم وليلة من أربعة لكل واحدة منهن فلا يشتغل بالصيام والقيام أبداً حتى لا يصوم لا رمضان ولا غيره هذا ليس بشئ والصحيح أنه يؤمر بأن يؤنسها بصحبته أحيانا من غير أن يكون فى ذلك شئ مؤقت وهذا لان عند المزاحمة تلحق كل واحدة منهما المغايظة لمقامه عند الاخرى فيستحق عليه التسوية ولايوجد ذلك عند عدم المزاحمة ﴿ قال ﴾ واذا تزوج امرأتين على أن يقيم عند احداهما يوما والاخرى يومين ثم طلبت التى لها اليوم أن يعدل بينهما فلها ذلك لما بينا أنها رضيت بترك العدل فيما مضى من المدة فلا يلزمها ذلك فى المستقبل شيئاً ولان هذا الشرط مخالف لحكم الشرع وهو باطل لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ﴿ قال ﴾ والمجبوب والخصى والعنين فى القسمة سواء بين النساء لما بينا أن وجوب القسم والعدل للصحبة والمؤانسة دون المجامعة وحال هؤلاء فى هذا كحال الفحل وكذلك الغلام الذى لم يحتلم اذا دخل بامرأتين فانه يسوى بينهما فى القسم لان وجوب التسوية لحق النساء وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب كما يتوجه على البالغين ﴿ قال ﴾ واذا جعلت المرأة لزوجها جعلا على أن يزيدها في القسم يوما ففعل لم يجز وترجع فى ماله لانها رشته على أن يجور والرشوة حرام وهذا بمنزلة الرشوة في الحكم وهو من السحت فلهذا تسترد ما أعطت وعليه التسوية في القسم وكذلك لو حطت له شيئاً من المهر على هذا الشرط أو زادها الزوج فى مهرها أو جعل لها جعلا على أن تجعل نوبتها لفلانة فهذا كله باطل لانها بهذا لا يملك الزوج شيئاً فلا تستوجب عليه المال بمقابلته ولانها أخذت الرشوة على أن

ترضى بالجور وذلك حرام فكان الجعل مردوداً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة ذوي الارحام

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه ويجبر الرجل الموسر على نفقة أبيه وأمه اذا كانا محتاجين لقوله تعالى ولا تقل لهما أف نهى عن التأفيف لمعنى الأذى ومعنى الأذى فى منع النفقة عند حاجتهما أكثر ولهذا يلزمه نفقتهما وان كانا قادرين على الكسب لان معنى الاذى فى الكد والتعب أكثر منه فى التأفيف وقال صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده لمن كسبه فكلوا مما كسب أولادكم واذا كان الاولاد ذكوراً واناثا موسرين فنفقة الابوين عليهم بالسوية في أظهر الروايتين وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النفقة بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الارحام ووجه الرواية الاخرى أن استحقاق الابوين النفقة باعتبار التأويل وحق الملك لهما فى مال الولد كما قال صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وفى هذا الذكور والاناث سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث بسبب اختلاف الملة ﴿ قال ﴾ وان كان الولد معسرا وهما معسران فليس عليه نفقتهما لانهما لما استويا فى الحال لم يكن أحدهما بايجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر الا انه روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه ان يضم الأب الى نفسه لانه لو لم يفعل ضاع الأب ولو فعل ذلك لا يخشى الهلاك على الولد والانسان لا يهلك على نصف بطنه ﴿ قال ﴾ وكذلك الجد أب الاب والجدة أم الأم وأم الأب لانهم من الوالدين وحالهم فى استحقاق النفقة كحال الابوين الا ترى ان التأويل في مال النافلة يثبت للجد عند عدم الاب كما يثبت للاب ﴿ قال ﴾ ويجبر الرجل على نفقة أولاده الصغار لقوله عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك ولان الولد جزء من الاب فتكون نفقته عليه كنفقته على نفسه ثم في ظاهر الرواية لا يشارك الاب في النفقة أحد وقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النفقة على الاب والام أثلاثا بحسب ميراثهما من الولد فأما فى ظاهر الرواية كما لا يشارك

الاب في مؤنة الرضاع أحد فكذلك في النفقة وهذا اذا كان الاب موسراً فان كان معسراً والام موسرة أمرت بأن تنفق من مالهـا على الولد ويكون ذلك دينا على الاب اذا أيسر وكذلك الاب اذا كان معسراً وله أخ موسر فان الاخ وهو عم الولد يعطى نفقة الولد ويكون ذلك دينا على الاب له اذا أيسر لان استحقاق النفقة على الأب ولكن الانفاق لا يحتمل التأخير فيقام مال الغير مقام ماله في أداء مقدار الحاجة منه على أن يكون ذلك دينا عليه اذا أيسر والذى قلنا فى الصغار من الاولاد كذلك في الكبار اذا كن إناثا لان النساء عاجزات عن الكسب واستحقاق النفقة لعجز المنفق عليه عن كسبه وان كانوا ذكوراً بالغين لم يجبر الاب على الانفاق عليهم لقدرتهم على الكسب الا من كان منهم زمناً أو أعمى أو مقعداً أو أشل اليدين لا ينتفع بهما أو مفلوجا أو معتوها فحينئذ تجب النفقة على الوالد لعجز المنفق عليه عن الكسب وهـذا اذا لم يكن للولد مال فاذا كان للولد مال فنفقته فى ماله لانه موسر غير محتاج واستحقاق النفقة على الغنى للمعسر باعتبار الحاجة اذ ليس أحد الموسرين بايجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر بخلاف نفقة الزوجة فان استحقاق ذلك باعتبار العقد لتفريغها نفسها له فتستحق موسرة كانت أو معسرة فاما الاستحقاق هنا باعتبار الحاجة فلا تثبت عند عدم الحاجة ﴿قال﴾ فان كان مال الولد غائباً أمر الاب بان ينفق عليه من ماله على ان يرجع فى مال الولد اذا حضر ماله لكنه ان أشهد فله ان يرجع فى الحكم وان أنفق بغير اشهاد لكن على نيـة الرجوع فله ان يرجع فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحكم ليس له ذلك لان الظاهر انه يقصد التبرع بمثل هـذا والقاضى يتبع الظاهر فاما فيما بينـه وبين الله تعالى فله ان يرجع لان الله تعالى عالم بمـا فى ضميره ﴿قال﴾ وكذلك يجبر على نفقـة كل ذى رحم محرم منه الصغار والنساء وأهـل الزمانة من الرجال اذا كانوا ذوى حاجـة عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا تجب النفقة على غـير الوالدين والمولودين وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى تجب النفقة على كل وارث محرما كان أو غير محرم واستدل بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ولكنا نقول قـد بينا ان في قراءة ابن مسعود رضى الله عنـه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك والشافعى رحمه الله تعالى يبنى على أصله فان عنده استحقاق الصلة باعتبار الولاد دون القرابة حتي لا يعتق أحـد على أحد الا الوالدين والمولودين عنده وجعل قرابة الاخوة فى ذلك كقرابة بني الاعمام فكذلك فى حق استحقاق

النفقة وفيما بين الآباء والاولاد الاستحقاق بعلة الجزئية دون القرابة وحمل قوله تعالى وعلى
الوارث مثل ذلك على نفي المضارة دون النفقة وذلك مروى عن ابن عباس رضي الله عنه
ولكنا نستدل بقول عمر وزيد رضى الله عنهما فانهما قالا وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة
ثم نفى المضارة لا يختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث على ان
الكناية فى قوله ذلك تكون عن الأبعد واذا أريد به الاقرب يقال هذا فلما قال ذلك عرفنا أنه
منصرف الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمعنى فيه أن القرابة القريبة
يفترض وصلها ويحرم قطعها قال صلى الله عليه وسلم ثلاث معلقات بالعرش النعمة والامانة
والرحم تقول النعمة كفرت ولم أشكر وتقول الامانة خونت ولم أرد ويقول الرحم قطعت
ولم أوصل وقد جعل الله تعالى قطيعة الرحم من الملاعن بقوله تعالى أولئك الذين لعنهم الله
ومنع النفقة مع يسار المنفق وصدق حاجة المنفق عليه يؤدى الى قطيعة الرحم ولهذا
اختص به ذو الرحم المحرم لان القرابة اذا بعدت لا يفرض وصلها ولهذا لا تثبت
المحرمية بها وكذلك المرأة الموسرة تجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الاقارب لان هذا
الاستحقاق بطريق الصلة فيستوى فيه الرجال والنساء كالعتق عند الدخول فى الملك ﴿قال﴾
ولا يجبر المعسر على نفقة أحد الا على نفقة الزوجة والولد الصغير أما استحقاق نفقة الزوجة
باعتبار العقد وأما الاولاد الصغار فلأنهم اجزاؤه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته
فكذلك نفقة أولاده والاصل فيه قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله فأما نفقة
الاقارب استحقاقها بطريق الصلة فتكون على الموسرين دون المعسرين كالزكاة وعلى هذا
قال أبو يوسف رحمه الله تعالى من لم يكن له فضل على حاجته مقدار ما تجب فيه الزكاة
لا تلزمه نفقة الاقارب الا أنه يروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى قال اذا كان كسبه
كل يوم درهما ويكفيه لنفقته ونفقة عياله أربعة دوانق يؤمر بصرف الفضل الى أقاربه
لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر فى جانب المؤدى لتيسير الاداء ويسر الاداء موجود
اذا كان كسبه يفضل عن نفقته ﴿قال﴾ واذا امتنع الاب من الانفاق على أولاده الصغار
يحبس فى ذلك بخلاف سائر الديون فان الوالد غير محبوس فيه لوجهين أحدهما أن
النفقة لحاجة الوقت فهو بالمنع يكون قاصداً الى اتلافه والاب يستوجب العقوبة عند قصده
الى اتلاف ولده كما لو عدى عليه بالسيف كان له أن يقتله دفعاً له بخلاف سائر الديون

لا تسقط بتأخير الاداء والنفقة لا تصير دينا بل تسقط بمضى الوقت فيستوجب الحبس اذا امتنع من الاداء وهو نظير ما قلنا أن من جار فى القسم يوجع عقوبة واذا امتنع من ايفاء حق آخر لا يحبس لان ذلك الحق لا يسقط بتأخير الاداء وما جار فيه من الزمان لا يصير دينا فيوجع عقوبة ليمتنع من الجور ﴿قال﴾ ومن كان له مسكن أو خادم ليس له غيره وهو محتاج تحل له الصدقة فعلى الموسر من ذى الرحم المحرم نفقته وقال الخصاف فى كتابه بعد ما روى هذا عن محمد رحمه الله تعالى وقال غيره ليس عليه نفقته ولكن يقال له بع مسكنك وخادمك وأنفق على نفسك لانه يمكنه أن يكتفى بمنزل يكرى فأما فى ظاهر الرواية المنزل والخادم من أصول حوائجه فانه لا بد له من ذلك فلا ينعدم بملكها حاجته ﴿قال﴾ ولا يقضي بالنفقة فى مال أحد ممن ذكرنا اذا كان رب المال غائباً أو مفقوداً ما خلا الوالدين والزوجة فانى أقضى لهم من مال الغائب والحاصل ان ما كان مختلفا فيه فلا يتقوى الا بقضاء القاضى وليس للقاضى أن يوجد القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو ثابت بنفسه ولصاحب الحق ان يمد يده فيأخذ ذلك من غير قضاء القاضي وللقاضي ان يعينه على ذلك اذا كان صاحب المال حاضراً أو غائبا والسبب معلوما للقاضى الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لهند رضى الله عنها خذى من مال أبى سفيان رضى الله عنه مايكفيك وولدك بالمعروف وهو كان غائبا وقال في كتاب المفقود وان استوثق منه بكفيل فحسن لجواز ان يكون أخذ النفقة أو بعث الغائب بنفقته فيقصد الأخذ ثانيا والقاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فاذا كان الغائب عاجزاً عن النظر لنفسه نظر القاضى له بأخذ الكفيل ان شاء وان شاء ضمنهم ذلك ولم يأخذ منهم كفيلا فهو مستقيم أيضاً لانه ليس هنا خصم يطلب من القاضى أخذ الكفيل وانما يجب ذلك على القاضى عند طلب الخصم ﴿قال﴾ فان كان له عند هؤلاء مال فأنفقه على نفسه أجزته ولم أضمنه لانه ظفر بجنس حقه فله ان يأخذ بقدر حقه وان كان عند غيرهم فأعطاهم بغير أمر القاضى حتى أنفقوا كان ضامنا له لانه مأمور بالحفظ ودفعه الى غيره لينفق ليس من الحفظ فيصير به مخالفا ضامنا وهو نظير مالو أراد المودع أن يقضى بالوديعة دين المودع ليس له ذلك ويصير ضامناً ان فعله وان كان صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه ﴿قال﴾ وان باع أحد منهم متاع الغائب للنفقة أبطلت بيعه ماخلا الاب المحتاج فانى أجيز بيعه على ولده الغائب فيما سوى العقار استحسانا لما ينفقه على

نفسه ولا يجوز فى العقار الا ان يكون الولدصغيراً وهـذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى في كتاب المفقود ﴿قال﴾ وكـذلك قياس قوله فى المفقودوقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايجوز بيع الاب أيضاً على ابنه الكبير الغائب فى العقار كما لايجوز بيع غيره والقياس ماقالا لان ولاية الاب قد زالت ببلوغ الصبي عن عقـل فيكون هو فى بيع أمواله كغيره يدل عليه ان النفـقة لاتكون أوجب من سائر الديون وليس للأب بيع شئ من متاع ولده فى دين له عليه ولا يقضى القاضي بذلك أيضاً لما فيه من القضاء على الغائب فكذلك في النفقة واستحقاق الام النفقة كاستحقاق الاب ثم الام لاتبيع عروض الولد فى نفقتها فكذلك الاب واستحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ ولكن بقى أثرها ولهذا صح منه الاستيلاد فى جارية الابن فلبقاء أثر ولايته كان له أن يبيع العروض لان بيع العروض من الحفظ فان العروض يخشى عليه من الهلاك وحفظ الثمن أيسر وولاية الحفظ تثبت لمن يثبت له ولاية التصرف كالوصى فى حق الوارث الكبير الغائب له ولاية الحفظ وبيع العروض فكذلك للاب ذلك وبعـد البيع الثمن من جنس حقه فله ان يأخذ منه مقدار النفقة فاما بيع العقار ليس من الحفظ لانه محصن بنفسه فلا يملك ذلك الا بمطلق اولاية وهو عند صغر الولد أو جنونه واذا باع عند ذلك أخذ من الثمن نفقته لانه من جنس حقه وبخلاف الام وسائر الاقارب لانه لم تكن لهم ولاية التصرف فى حالة الصغر ليبقي أثر تلك الولاية بعد البلوغ وكذلك ليس لهم ولاية حفظ المال فلهـذا لا يجوز منهم بيع العروض ﴿ قال ﴾ ولا يجبر المسلم على نفقة الكفار من قرابتـه ولا الكفار على نفـقة المسلـين من قرابتهم لان هذا الاستحقاق بصلة ولاية الوراثة شرعا وبسبب اختلاف الدين ينعدم التوارث الا الوالدين والولدوالزوجة أما استحقاق الزوجة للنفقة بسبب العقد وذلك متحقق مع اختـلاف الدين أما فى حق الوالدين والولد القياس أن لا يثبت استحقاق النفقة مع اختـلاف الدين لان استحقاقها بطريق الصلة كنفقة الاقارب ولكنه استحسن فقال يجب على الولد المسلم نفقة أبويه الذميين لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتقلب فى نعم الله ويدعهما يموتان جوعا والنوافل والاجداد والجدات من قبل الاب والام بمنزلة الابوين فى ذلك لان استحقاقهم باعتبار الولاد بمنزلة استحقاق الابوين ﴿ قال ﴾ واذا مات الاب وللولد الصغير أم وجد أب الاب فنفقته

عليهما على قدر ميراثهما أثلاثا بخلاف الاب في ظاهر الرواية فانه لا يشاركه فى النفقة أحد لحقيقة الجزئية بينه وبين الولد وذلك لا يوجد فى حق الجد فان اتصال النافلة بواسطة الاب كاتصال الأخ فكما أن فى الاخ والام النفقة عليهما بحسب الميراث اذا كانا موسرين فكذلك فى الجد والام النفقة عليهما بحسب الميراث ﴿قال﴾ وان كان للولد خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على الخال دون ابن العم وان كان الميراث لابن العم لان النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس بمحرم فلا نفقة عليه والخال محرم فتكون النفقة عليه اذا كان موسراً ﴿قال﴾ واذا كان الرجل زمنا معسراً وله ابن معسر صغير أو كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقين أهل يسار فنفقة الرجل تكون على أخيه لاب وأم وعلى أخيه لأم اسداسا بحسب ميراثهما منه وأما نفقة الاولاد فعلى الاخ لأب وأم خاصة لان له ميراث الولد عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وأم فلا يرث معه العم لاب ولا العم لأم والحاصل أن من يكون محتاجا يجعل في حكم المعدوم فتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب ميراثه واذا كان الولد بنتا كانت نفقة الاب والبنت على لاخ لأب وأم خاصة أما نفقة البنت فلما بينا وأما نفقة الاب فلأن الوارث هنا هو الاخ لأب وأم خاصة لان الاخ لأب وأم يرث مع البنت والاخ لأم لا يرث مع البنت فلا حاجة الى أن تجعل البنت كالمعدومة ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه أحد من الاخوة فلا بد أن يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب بين الاخ لأب وأم والاخ لأم أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك ﴿ قال ﴾ وان كان مكان الاخوة أخوات متفرقات فان كان الولد ذكراً فنفقة الاب على أخواته أخماسا لان أحداً من الاخوات لا يرث مع الابن فلا بد من أن يجعل الابن كالمعدوم وبعد ذلك الميراث بينهن أخماسا ثلاثة أخماسه للأخت لأب وأم وخمسه للأخت لأب وخمسه للأخت لأم بطريق الفرض والرد فالنفقة عليهم بحسب ذلك ونفقة الولد على الاخت من الاب والام خاصة في قول علمائنا لان ميراثه اذا مات عند عدم الوالد للعمة لأب وأم خاصة دون العمة لأب أو لأم أما فى قول من يورث العمات المتفرقات كما يورث الاخوات وهو قول أهل التنزيل فنفقة الولد عليهن أيضاً أخماسا بحسب الميراث ومن قال بقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فى الميراث قال نفقة الأب تكون على الأخت لاب

السدس من ذلك والباقي أرباع على الاخت لأب وأم ثلاثة أرباعه وعلى الاخت لأم ربعه بحسب الميراث فانه لا يرى الرد على الاخت لأب مع الاخت لأب وأم فان كان الولد بنتا فنفقة الاب على الاخت لأب وأم خاصة لانها وارثة مع البنات فان الاخوات مع البنات عصبة فلا تجعل البنت كالمعدوم هنا ولكن لو مات الاب كان نصف ميراثه للبنت والباقي للأخت لأب وأم فكذلك نفقته على الاخت لأب وأم وكذلك نفقة البنت في قولهم جميعا الا في قول أهل التنزيل فانهم يجعلون الميراث بين العمات أخماسا فنفقة البنت عليهن أخماسا أيضاً وأما عندنا ميراث البنت عند عدم الأب كله للعمة لأب وأم فالنفقة عليها أيضاً ثم أشار الى الاصل الذي قلنا انه ينظر الى وارث الاب فان كان يحرز الميراث كله وهو معسر جعلته كالميت ثم نظرت الى من يرثه فجعلت النفقة عليهم على قدر ميراثهم فان كان الذي يرثه لا يحرز الميراث كله جعلت النفقة على من يرث معه ﴿قال﴾ امرأة معسرة ولها ولد موسر وأم موسرة فنفقتها على الولد دون الام وكذلك الاب نفقته على ابنه دون أبيه للتأويل الثابت له في مال ولده بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك ولا يوجد ذلك في حق الوالد ولا في حق الام وكما لا يشارك الوالد في النفقة على الولد أحد فكذلك لا يشارك الولد في النفقة على الوالدين أحد من أم ولا أب ولا جد ﴿قال﴾ ويجبر أهل الذمة فيما بينهم على النفقة كما يجبر أهل الاسلام وان اختلفت مللهم في الكفر لانهم أهل ملة واحدة يتوارثون مع اختلاف النحل فيثبت حكم استحقاق النفقة فيما بينهم أيضاً ولا يجبر الموسر على نفقة المعسر من قرابته اذا كان رجلا صحيحاً وان كان لا يقدر على الكسب لان الصحيح الذي لا زمانة به لا يعجز عن كسب القوت عادة وبناء الحكم على العادة الظاهرة دون النادر الا في الوالدين خاصة وفي الجد أب الاب اذا مات أب الولد فانه يجبر الولد على نفقته وان كان صحيحاً لدفع الأذى الذي يلحقه للكد والتعب على ما بينا ﴿قال﴾ ولا يجبر المملوك والمكاتب على نفقة أحد من قرابته لان كسب المملوك لمولاه والمكاتب ليس له في كسبه ملك في الحقيقة بل هو دائر بينه وبين مولاه فلا يلزمه نفقة أحد من قرابته الا ولده المولود في الكتابة من أمته فانه داخل في كتابته وكسبه له لتكون نفقته عليه ﴿قال﴾ ولا يجبر المسلم ولا الذمي على النفقة لوالديه وولده من أهل الحرب وان كانوا مستأمنين في دار الاسلام لان الاستحقاق بطريق الصلة ولا يثبت للحربي استحقاق الصلة على من هو

أهل دار الاسلام الا ترى انهما لا يتوارثان وان كانا على ملة واحدة من الكفر فكذلك استحقاق النفقة لبعضهم على البعض ﴿قال﴾ ونفقة المعتوه على ابنه دون أبيه لتأويل الملك له فى مال ابنه دون مال أبيه الا ترى انه لو كان صحيحاً معسرا كانت نفقته على الابن دون الاب فكذلك اذا كان معتوها والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

قال رحمه الله تعالى هذا آخر شرح كتاب النكاح * بالمأثور من

المعانى والآثار الصحاح * أملاه المنتظر للفرج والفلاح *

مصليا على المبعوث بالحق بالسيوف والرماح *

وعلى آله وأصحابه أهل التقى والصلاح *

الذين مهدوا قواعد الحق

وسلكوا طريق

النجاح

﴿تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس﴾

﴿وأوله كتاب الطلاق﴾

فهرس الجزء الخامس من كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

صحيفة

صحيفه

(تمت)